مباحثی از

حقوق زن

از منظر:

حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی

حقوق مالی، انتخاب همسر و انعقاد ازدواج، تعدد زوجات
فسخ نکاح، طلاق، قصاص، دیه، مجازات زن به وسیله شوهر
شهادت، قضاوت، تلقیح مصنوعی

دکتر حسین مهرپور

چاپ سوم

مباحثی از

حقوق زن

از منظر:

حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی

حقوق مالی، انتخاب همسر و انعقاد ازدواج، تعدد زوجات
فسخ نکاح، طلاق، قصاص، دیه، مجازات زن به وسیله شوهر
شهادت، قضاوت، تلقیح مصنوعی

دکتر حسین مهرپور



انتشارات اطلاعات
تهران - ۱۳۸۷

بسم الله الرحمن الرحيم

سرشناسه: مهرپور، حسین، ۱۳۲۲ -
عنوان ونام پدیدآور: مباحثی از حقوق زن از منظر: حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی.../ حسین مهرپور
مشخصات نشر: تهران: اطلاعات، ۱۳۷۹
مشخصات ظاهری: 34،۴۲۳ص.
شابک: 978-964-423-451-4
یادداشت: ص.ع به انگلیسی : Hossein Mehrpour, Certain issues on: Women's rights...
یادداشت: چاپ سوم: ۱۳۸۷(فیپا)
یادداشت: کتابنامه: ص. ۳۹۷ ـ ۴۰۳؛ همچنین به صورت زیرنویس
عنوان قراردادی: ایران، قوانین و احکام
موضوع: زنان ـ وضع حقوقی و قوانین ـ ایران
موضوع: زنان ـ وضع حقوقی و قوانین (فقه)
موضوع: زنان ـ وضع حقوقی و قوانین
شناسه افزوده: مؤسسهٔ اطلاعات
رده‌بندی کنگره: KMH ۵۱۷/۵/م۹م۲ ۱۳۷۹
رده‌بندی دیویی: ۳۴۶/۵۵۰۱۳۴
شماره کتابشناسی ملی: ۸۱۵۴ـ ۷۹م



انتشارات اطلاعات
تهران: خیابان میرداماد، خیابان نفت جنوبی، روزنامه اطلاعات، شماره پستی ۱۵۴۹۹۵۳۱۱۱
تلفن: ۶ـ۲۹۹۹۳۴۵۵ تلفن دفتر توزیع و فروش: ۲۹۹۹۳۲۴۲
فروشگاه مرکزی: خیابان انقلاب اسلامی، روبروی دانشگاه تهران، تلفن : ۶۶۴۶۰۷۳۴

مباحثی از حقوق زن (از منظر: حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی)

تألیف دکتر حسین مهرپور

حروف‌نگار: کافیه بیدج صفحه‌آرا: فاطمه حلوائی
حروف‌نگاری، چاپ و صحافی: مؤسسه اطلاعات

چاپ اول: ۱۳۷۹ چاپ سوم: ۱۳۸۷ شمارگان: ۲۱۰۰نسخه
قیمت: ۳۵۰۰ تومان
شابک: ۴ـ۴۵۱ـ۴۲۳ـ۹۶۴ـ۹۷۸ **ISBN: 978-964-423-451-4**

تقدیم به: مادر عزیزم

و روان پاک پدر بزرگوارم

به هیچ مبحث و دیباچه‌ای قضا ننوشت
برای مرد کمال و برای زن نقصان

پروین اعتصامی

فهرست مطالب

پیشگفتار ۱۹

۱ـ نگاهی به حقوق مالی زن در نظام حقوقی ایران

مقدمه ۳۱

۱ـ اهلیت ۳۲

۲ـ اشتغال و مزد مساوی در قبال کار مساوی ۳۶

الف ـ عدم تبعیض در مزد ۳۶

ب ـ فرصت‌های شغلی برای زنان ۳۶

۳ـ محدودیتهای شغلی ۳۷

الف ـ ممنوعیت از اشتغال به قضاوت ۳۷

ب ـ محدودیت اشتغال در نیروهای مسلح ۳۸

ج ـ محدودیت شغلی زن شوهردار ۳۸

۴ـ ارث ۴۰

۵ـ مهر ۴۲

۶ـ نفقه ۴۳

۷ـ شرکت در دارایی شوهر یا اخذ اجرت المثل در مورد طلاق ۴۴

الف ـ سهیم شدن در نصف اموالی که شوهر در دوران زوجیت به دست آورده است ۴۴
ب ـ اجرت المثل کار زن در خانه شوهر ۴۴
ج ـ الزام شوهر به دادن وجهی به زن هنگام طلاق (نحله) ۴۵
نتیجه ۴۶

۲ـ محدودیت آزادی زن در انتخاب همسر در حقوق ایران و فقه اسلامی

مقدمه: نگاهی کلی به حق انتخاب همسر در اسناد بین‌المللی و برخی قوانین موضوعه ۵۱
وضعیت موضوع در حقوق ایران ۵۵
بخش اول: لزوم اجازه ولی برای ازدواج دختر ۵۶
مبحث اول: نظریات فقهی ۵۷
الف ـ نظر فقیهان اهل سنت ۵۷
ب ـ دیدگاه مشترك فقیهان سنی و شیعه در مورد مصلحت دختر ۵۷
ج ـ طرفداری ابوحنیفه از استقلال دختر در نکاح ۵۸
د ـ نظر فقهای شیعه در مورد اختیار دختر در امر ازدواج ۵۹
۱ ـ طرفداران استقلال دختر و دلایل آنها ۶۰
۲ ـ دلایل طرفداران ولایت ولی بر دختر در امر نکاح ۶۲
الف ـ روایات ۶۲
ب ـ اصل استصحاب ۶۳
ج ـ مصلحت ۶۴
نقد دلایل طرفداران ادامه ولایت ولیّ ۶۵
۳ ـ نظریه تشریك در ولایت ۶۷
مبحث دوم: تحلیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ۶۹
الف ـ لزوم اجازه ولی در صورت باکره بودن دختر ۷۰
رأی وحدت رویّه دیوان عالی کشور ۷۱
ب ـ سقوط اجازه ولی در صورت ممانعت غیرموجه ۷۲
ج ـ ترتیب ازدواج دختر در صورت ممانعت ولی ۷۴

د ـ سقوط اجازه ولی در صورت محجوریت یا عدم دسترسی به او ۷۸
هـ ـ ضمانت اجرای نکاح دختر بدون اذن ولی ۸۰
نتیجه ۸۴
بخش دوم: ممنوعیت ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان ۸۶
وضعیت ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان ۸۷
آیات قرآن در مورد ازدواج مسلمان با کافر ۸۸
بخش سوم: محدودیت ازدواج زن ایرانی با مرد غیر ایرانی ۹۲

۳ـ دو بحث کوتاه در مورد تعدد زوجات

مقدمه ۹۷
۱ ـ حکم استیفای عدد در نکاح منقطع ۹۸
منتقدین عدم محدودیت در نکاح متعه ۹۸
مذموم بودن تنوع طلبی و زن‌بارگی در روایات ۱۰۰
۲ ـ آیا می توان تعدد زوجات را محدود و موکول به اجازه دادگاه کرد؟ ۱۰۱
چه کسی باید امکان اجرای عدالت را احراز کند؟ ۱۰۳
بررسی مقررات قانون حمایت خانواده ۱۰۴
تعدد زوجات در قوانین برخی از کشورهای اسلامی ۱۰۶

۴ـ وضعیت متفاوت زن و مرد نسبت به انحلال نکاح در حقوق ایران و مبانی فقهی آن

مقدمه ۱۱۱
بخش اول: فسخ نکاح ۱۱۲
مبحث اول: ویژگی‌های کلی فسخ نکاح و تفاوت آن با طلاق ۱۱۲
۱ ـ عدم لزوم مراجعه به دادگاه برای اعمال حق فسخ ۱۱۴
۲ ـ نظر متفاوت اهل سنت و قوانین سایر کشورهای اسلامی ۱۱۵
مبحث دوم: موجبات فسخ نکاح در قانون مدنی و تفاوتهای موجود بین زن و مرد ۱۱۷
۱ ـ تخلف از شرط صفت ۱۱۷

۲ـ وجود عیب ۱۱۹
مبحث سوم: حکم تبعیض آمیز قانون مدنی و بررسی مبنای فقهی آن ۱۲۱
۱ـ روایات مربوط به حق فسخ نکاح ۱۲۳
۲ـ نظر شهید ثانی در مورد تساوی زن و مرد در حق فسخ نسبت به عیوب جذام و برص ۱۲۸
۳ـ اشاره‌ای به حکم موضوع در فقه اهل سنت و قوانین کشورهای اسلامی ۱۳۱
۴ـ ابداع مطلوب قانون احوال شخصیه کویت ۱۳۲
۵ـ قابل انتقاد بودن مقررات قانون مدنی در مورد عیوب موجب فسخ ۱۳۳
۶ـ حق درخواست الزام شوهر به طلاق ۱۳۴
نظر فقیهان در خصوص درخواست طلاق توسّط زن از دادگاه ۱۳۵
۷ـ نظر امام خمینی(ره) و تصویب ماده جدید ۱۱۳۰ قانون مدنی بر اساس آن نظر ۱۳۷
بخش دوم: طلاق ۱۴۱
مبحث اول: نگاهی اجمالی به سیر قانونگذاری در مورد طلاق در حقوق ایران ۱۴۲
۱ـ طلاق در قانون مدنی ۱۴۲
طرق دستیابی زن به طلاق در قانون مدنی ۱۴۴
۲ـ قانون حمایت خانواده و مسأله طلاق ۱۴۶
الف ـ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ ۱۴۶
ب ـ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ ۱۴۹
۳ـ حکم طلاق در قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص ۱۵۱
۴ـ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق ۱۵۳
۵ـ جمع‌بندی وضعیت زن و مرد نسبت به طلاق در قوانین موضوعه ایران ۱۵۶
اشاره‌ای به وضع طلاق در قوانین دیگر کشورهای اسلامی ۱۵۸
مبحث دوم: طلاق در مبانی اسلامی و فقهی ۱۶۴
۱ـ استنباط عمومی فقیهان از مبانی اسلامی بر مطلق بودن اختیار مرد در طلاق ۱۶۴
توجیه اختیار مرد در امر طلاق ازسوی بعضی از فقیهان ۱۶۷
اصل ممنوعیت طلاق از نظر بعضی از فقیهان ۱۶۸
۲ـ حکم طلاق در قرآن و سنت ۱۷۰

الف ـ قرآن ۱۷۰
محیط نزول قرآن و نوع نگرش به زن در آن محیط ۱۷۰
بیان حکم طلاق در آیات قرآن ۱۷۴
محدودشدن طلاق قابل رجوع در قرآن ۱۷۸
استفاده حکم طلاق خلع از قرآن ۱۷۹
نشوز و شقاق درقرآن ۱۸۱
ایلاء و ظهار در قرآن ۱۸۳
امضایی بودن احکام طلاق در قرآن ۱۸۵
دادن زمام طلاق به دست زن از طریق وکالت و نظر امام خمینی(ره) ۱۸۹
ب ـ سنت ۱۹۲
نقل سه دسته روایت در مورد طلاق ۱۹۲
طلاق خلع و احادیث مربوط به آن ۱۹۵
احادیث مربوط به ملزم بودن شوهر به طلاق ۱۹۸
نتیجه بحث ۱۹۹
توجیهات محمد ابوزهره برای بودن طلاق در اختیار مرد و نقد آن ۲۰۰

۵ـ مجازات زن به وسیله شوهر: سیری در مبانی فقهی و حقوقی ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

مقدمه ۲۰۷
مبحث اول: ماده ۶۳۰ و سابقه تاریخی آن ۲۰۸
۱ ـ حکم موضوع در قانون جزای فرانسه ۲۱۰
۲ ـ ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی ایران و مبنای آن ۲۱۲
مبحث دوم: تحلیل ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی ۲۱۵
۱ ـ سابقه فقهی حکم موضوع ماده ۶۳۰ ۲۱۶
۲ ـ حکم موضوع از نظر فقهای اهل سنت ۲۱۸
مبحث سوم: مبنای فتوای فقهاء ۲۱۹
الف ـ حکمت و فلسفه حکم ۲۱۹

بیان شهید ثانی در مسالك در توجیه جواز قتل ۲۲۱
ب ـ مستندات روایی ۲۲۳
ج ـ ارزیابی دلایل فقهی مسأله ۲۲۸
مبحث چهارم: نقد ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی ۲۳۱

٦ـ بررسی تفاوت اجرای حکم قصاص در مورد زن و مرد

مقدمه ۲۳۷
مبحث اول: حکم قصاص در قانون مجازات ایران و فقه اسلامی ۲۳۸
الف ـ قانون مجازات اسلامی ایران ۲۳۸
ب ـ فقه امامیه ۲۳۹
ج ـ فقه اهل سنت ۲۴۰
مبحث دوم: مبنای حکم در قرآن و سنت ۲۴۱
الف ـ قرآن ۲۴۱
تحلیل حکم قرآن در مورد قصاص زن و مرد ۲۴۳
مفهوم صحیح آیه ۱۷۸ سوره بقره ۲۴۶
ب ـ مبنای روایی ۲۴۷
نتیجه ۲۴۹

۷ـ بررسی تفاوت دیه زن و مرد در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن

مقدمه ۲۵۳
مبحث اول: دیه و مقدار آن در مورد زن و مرد ۲۵۴
مبحث دوم: مبانی حکم دیه و مقررات آن در مورد زن و مرد در قانون مجازات ۲۵۷
۱ ـ نظر فقهاء در مورد دیه زن و مرد ۲۵۸
۲ ـ تساوی دیه زن و مرد از نظر برخی از فقهای معاصر ۲۵۹
۳ ـ نظرات مختلف فقهاء در مورد دیه اعضاء ۲۶۰
۴ ـ نظر فقهای اهل سنت در مورد دیه اعضاء ۲۶۱

مبحث سوم: مبانی فقهی حکم نصف بودن دیه زن ۲۶۲
الف ـ حکم دیه در قرآن ۲۶۲
ب ـ وضع دیه در روایات ۲۶۴
۱ ـ دیه قتل بر طبق روایات ۲۶۴
وضعیت نامه عمرو بن خرم در مورد بیان حکم دیه زن ۲۶۷
۲ ـ حکم دیه اعضای زن و مرد در روایات ۲۶۸
شگفتی فقیهان فریقین از این حکم ۲۷۱
تحلیل و نظر مقدس اردبیلی ۲۷۱
نظر صاحب فتح‌القدیر ۲۷۳
ج ـ توجیهات عقلی و منطقی ۲۷۳
۱ ـ پائین تر بودن ارزش زن نسبت به مرد ۲۷۴
۲ ـ پائین تر بودن نقش زن در وضعیت اقتصادی ۲۷۶
نتیجه ۲۷۷

۸ـ بررسی ارزش شهادت زن در قوانین موضوعه ایران و مبانی فقهی آن

مقدمه ۲۸۵
مبحث اول: وضع شهادت زن در قوانین موضوعه فعلی ایران ۲۸۶
الف ـ در قوانین جزائی ۲۸۶
ب ـ در قوانین مدنی ۲۸۷
نظر شورای نگهبان و حکم قانون جدید آئین دادرسی مدنی ۲۸۹
مبحث دوم: شهادت زن در نظریه رایج فقهاء ۲۹۰
تقسیم‌بندی محقق صاحب شرایع ۲۹۱
مبحث سوم: وضع شهادت زن در قرآن و سنت ۲۹۳
۱ ـ قرآن ۲۹۳
استنباط سنتی فقیهان از آیات قرآن در مورد شهادت زن ۲۹۶
برداشتهای جدید از آیات قرآن در مورد شهادت زن ۲۹۷

۲ـ روایات ۲۹۸
الف ـ نقل تعدادی از روایات ۲۹۹
ب ـ نتیجه گیری از روایات مربوط به شهادت ۳۰۲
مبحث چهارم: حکمت عدم برابری شهادت زن و مرد ۳۰۳
الف ـ نظریه ممنوعیت کنکاش در فلسفه احکام ۳۰۳
ب ـ نقصان ذاتی زن ۳۰۴
ج ـ دور بودن زن از مسائل مالی و اجتماعی ۳۰۶
د ـ مقطعی بودن حکم ۳۰۷

۹ـ بحثی پیرامون قضاوت زن

مقدمه ۳۱۳
بخش اول: نظام حقوقی و دیدگاههای فقهی در مورد قضاوت زنان ۳۱۴
۱ ـ نظام حقوقی ۳۱۴
الف: قضاوت زنان قبل از انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷ ۳۱۴
ب ـ قضاوت زنان بعداز انقلاب و در نظام جمهوری اسلامی ایران ۳۱۵
ج ـ قضاوت زنان در سایر کشورها و در موازین بین‌المللی ۳۱۸
۲ ـ نظر فقهاء در مورد قضاوت زنان ۳۲۰
الف ـ فقهای امامیه ۳۲۰
ب ـ فقهای اهل سنت ۳۲۳
بخش دوم: دلایل فقهی ممنوعیت قضاوت زن و نقد آنها ۳۲۴
الف ـ دلایل نقلی ۳۲۴
۱ ـ قرآن ۳۲۵
۲ ـ روایات ۳۲۹
۳ ـ اجماع ۳۳۶
بحثی در تحقق اجماع و اعتبار آن در این مورد ۳۳۷
نقل نظر نراقی و برخی فقیهان ۳۳۷

دیدگاه خاص آیت‌الله بروجردی در مورد اجماع ۳۳۹
ب ـ دلایل عقلی ۳۴۱
۱ ـ ناقص بودن و نداشتن اهلیت برای قضاوت ۳۴۱
توجیه محترمانه برخی معاصرین از عدم اهلیت زن برای قضاوت ۳۴۴
نقد نظریه نقصان و عدم اهلیت ۳۴۵
۲ ـ لزوم مستور بودن و عدم اختلاط با مردان ۳۴۸
۳ ـ سیره ۳۴۹
۴ ـ اصل عدم جواز قضاوت زن یا اصل عدم مأذون بودن او ۳۵۱
ارزیابی اصل عدم ۳۵۳
تحلیل نهایی و نتیجه‌گیری ۳۵۶

۱۰ـ نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی

مقدمه ۳۶۱
مبحث اول: لقاح مصنوعی نطفه مرد ۳۶۵
۱ ـ جنبه کیفری و جرم بودن عمل ۳۶۶
ممنوعیت اخلاقی ۳۶۸
مقررات جدید قانون بهداشت عمومی و قانون مدنی فرانسه در مورد تلقیح مصنوعی ۳۶۹
۲ ـ تحلیل جواز یا عدم جواز تلقیح مصنوعی به لحاظ آثار آن ۳۷۳
۳ ـ وضعیت موجود در نظام حقوقی برخی از کشورهای غربی ۳۷۴
الف ـ مشروع کردن نسب نامشروع ۳۷۴
ب ـ فرزندخواندگی ۳۷۴
۴ ـ وضعیت موضوع در فقه اسلامی و حقوق ایران ۳۷۶
الف ـ مشروع کردن نسب ۳۷۶
ب ـ فرزندخواندگی ۳۷۷
ج ـ رضاع ۳۷۸
د ـ قاعده فراش ۳۷۸

نامشخص بودن حکم موضوع در کلام فقها ۳۸۰
مبحث دوم: وضعیت زن نسبت به لقاح مصنوعی ۳۸۱
آیا زن صاحب تخمك مادر طفل است یا زنی که حمل و وضع جنین را به عهده دارد؟ ۳۸۲
تفاوت انسان و حیوان در تعلق جنین به صاحب رحم ۳۸۵
اعمال حکم قرابت رضاعی در مورد انتساب طفل به صاحب رحم ۳۸۹
جمع بندی و نتیجه گیری ۳۹۱
فهرست منابع ۳۹۵
پیوست ها ۴۰۵
۱ ـ متن فارسی کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان
۲ ـ متن انگلیسی کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان
۳ـ ترجمه انگلیسی مقدمه و خلاصه مباحث

پیشگفتار

امروزه یکی از مسائل مهم و مورد توجه جامعه بین المللی، مسأله حفظ و رعایت حقوق زنان و مراعات تساوی حقوق زن و مرد و عدم تبعیض بر اساس جنسیت است. این احساس، مخصوصاً در بین بسیاری از زنها وجود دارد که در طول تاریخ، به زنان که بخش مهمی از جامعه انسانی را تشکیل می دهند ستم روا رفته، حقوق و شأن انسانی آنها رعایت نشده و طبق عادات و رسوم و اعتقادات و قوانین و مقررات در مورد آنان تبعیض ناروا اعمال شده است و حتی در دوران کنونی نیز با همه پیشرفتهایی که نصیب زنان شده و تحولاتی که ایجاد شده باز هم در بسیاری از موارد، مورد ظلم و تجاوز و تبعیض قرار می گیرند و شأن انسانی آنها رعایت نمی شود تا جایی که یکی از نویسندگان زن در مقاله‌ای که به مناسبت پنجاهمین سالگرد تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر نگاشته به طنز یا از روی خشم و ناراحتی، عنوان مقاله خود را: آیا زنان انسان هستند؟ (Are women human) قرار داده، و نوشته است: آیا با این همه تبعیض‌ها و خشونتها و تجاوزها که در خانواده و اجتماع و بخصوص در هنگام جنگ و منازعات مسلحانه در مورد زنان صورت می گیرد و همانند کالا مورد خرید و فروش قرار می گیرند و وسیله سوء استفاده جنسی واقع می‌شوند، باز هم می توان گفت، زن انسان است و مشمول حکم کلی مقررات اعلامیه جهانی حقوق بشر که انسان را به عنوان انسان دارای حق می شناسد و همه را در برخورداری از حقوق، مساوی می داند، قرار می گیرد؟[1]

1. Catharine Macinnon: **Reflections on the Universal Declaration of Human Rights** 1998: Netherland page:171

در هر صورت در قرن گذشته و بخصوص پس از جنگ جهانی دوم و از نیمه دوم قرن، تلاشهای زیادی در جهت تثبیت فرهنگ تساوی حقوق بین زن و مرد و رفع نگرش تبعیض آمیز در عادات و رسوم و رویه و رفتار و قوانین و مقررات صورت گرفته و اسناد بین المللی متعددی در این زمینه تدوین و به امضاء و تصویب دولتها رسیده و آنان را متعهد کرده که در وضع قوانین و مقررات و رویه و رفتار عملی، تبعیض بر اساس جنسیت و دیدگاه سنتی پائین تر دانستن موقعیت و مقام انسانی زن را کنار بگذارند و اگر تفاوتهایی گذاشته می شود صرفاً بر اساس تفاوتهای طبیعی بین زن و مرد و اقتضائات آن در انجام وظایف و تکالیف باشد، نه بر مبنای برتر بودن یك جنس و پست تر بودن جنس دیگر. مهمترین اسناد بین المللی که این مهم را به عهده دارند عبارتند از: منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان.

در مقدمه منشور سازمان ملل بر اعلام ایمان ملل متحد به حقوق اساسی بشر و به حیثیت و ارزش شخصیت انسانی و به تساوی حقوق بین مرد و زن و... تصریح شده است.

اعلامیه جهانی حقوق بشر در ماده ۱ با این عنوان که: تمام افراد بشر آزاد به دنیا می آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند... در واقع تساوی زن و مرد را در برخورداری از حیثیت انسانی و حقوق به رسمیت شناخته است و در ماده ۲ اعلام کرده که: هر کس می تواند بدون هیچگونه تمایز، مخصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان و مذهب و... از تمام حقوق و آزادیهای مندرج در اعلامیه برخوردار گردد.

ماده ۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، دولتهای طرف میثاق را متعهد نموده که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در میثاق تأمین کنند. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز که به طور خاص متکفل امحاء تبعیض بر اساس جنسیت است، دولتهای عضو را متعهد کرده که در زمینه‌های مدنی، سیاسی، اجتماعی، اشتغال، آموزش، خانواده و غیره بر مبنای تساوی حقوق زن و مرد گام بردارند، تاکنون متجاوز از ۱۶۵ کشور به این کنوانسیون ملحق شده‌اند و تلاش سازمان ملل بر این است که در سال جاری یعنی سال ۲۰۰۰ میلادی بتواند الحاق تمام

دولتها را به این کنوانسیون بگیرد؛ تاکنون کنفرانسهای منطقه‌ای و جهانی مختلف نیز تشکیل شده که راهکارهای عملی اجرای مفاد کنوانسیون و تحقق وضعیت رفع تبعیض علیه زنان را تأمین کند، از جمله کنفرانس جهانی زن در سپتامبر ۱۹۹۵ (شهریور ۱۳۷۴) در پکن با عنوان: اقدام برای تساوی، توسعه و صلح و کنفرانس جهانی سال جاری که در همین خرداد ماه ۷۹ (ژوئن ۲۰۰۰) در اجلاس ویژه مجمع عمومی سازمان ملل تشکیل شد و عنوان آن نیز «زنان دوهزار: تساوی جنسی، توسعه و صلح برای قرن بیست‌ویکم»[1] بود.

هدف از این فعالیت‌ها و برنامه‌ریزی‌ها و اقدامات به گفته رئیس کمیسیون مقام زن در گزارش خود به اجلاس ۵۶ کمیسیون حقوق بشر این است که بتوان به جامعه بشری با این دید نگریست که عدم تساوی جنسی در آن از بین رفته و فرهنگ جدید جنسیتی به وجود آمده که بر مبنای آن مشارکت کامل و مساوی تمام زنان و مردان در همه زمینه‌های اجتماعی و تمام سطوح زندگی تأمین شود.[2]

تلاش طرفداران تثبیت تساوی حقوق زن و مرد این است که این فرهنگ در ابعاد کامل و وسیع در جامعه بشری جابیفتد که زن همانند مرد از ظرفیت‌ها و توانائی‌ها و درك و شعور يك انسان برخوردار است و ظرافت طبع و لطافت جسم و وظیفه بارداری و زایمان و پرورش طفل که طبیعت به عهده او گذاشته از ارزش انسانی و شعور اجتماعی او نمی کاهد و لذا ضمن مراعات و حفظ برخی ملاحظات که صرفاً به تفاوتهای طبیعی موجود بین زن و مرد، مربوط می‌شود نباید به گونه‌ای تصور و عمل کرد که نشان‌دهنده بینش پائین تر دانستن درجه انسانیت زن و برتر بودن مقام مرد باشد، بلکه باید به زن نیز مانند مرد به عنوان يك انسان نگاه کرد که توانائی‌های بالقوه انسانی را دارد و البته از خطاها و اشتباهات عارض برانسان نیز مصون نیست. همانند مرد با فراهم بودن امکانات آموزشی و تربیتی می تواند مدارج رشد و کمال را بپیماید و از خطاها و اشتباهاتش کاسته شود. به گفته کمیسر عالی

1. Women 2000: Gender Equality, Development and peace for twenty first century.

۲. گزارش خانم سیمونویه (Simonovie) رئیس کمیسیون مقام زن به اجلاس ۵۶ کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل در تاریخ ۷ آوریل ۲۰۰۰ در ژنو.

حقوق بشر: هنگامی می‌فهمیم تساوی بین زن و مرد وجود دارد که درك کنیم و بپذیریم که زنان هم مانند مردان آزادانه اشتباه کنند و به خاطر اشتباه و خطا کردن از آن جهت که زن هستند سرزنش نشوند؟[۱]

در سند کنفرانس جهانی پکن و برنامه عمل آن که پس از گذشت ۵ سال اجلاس ویژه مجمع عمومی سازمان ملل به بررسی نحوه اجرا و میزان موفقیت آن پرداخت، بر تعهد دولتها به برقراری تساوی بین زنان و مردان در دستیابی به منابع مالی، حقوقی، فرصتها، مسئولیت‌های خانوادگی و اقدامات برای رفع هر نوع تبعیض علیه زنان و دختران تأکید شده است.[۲]

بررسی‌ها و گزارشها نشان می‌دهد که در بسیاری از کشورها این توصیه‌ها جامه عمل به خود نپوشیده و زنان در دسترسی به منابع مالی، فرصتهای شغلی و حقوق اجتماعی و خانوادگی و شرکت در تصمیم گیری در امور کشوری، به سطح مساوی با مردان نرسیده‌اند، ضمن اینکه در خصوص اصل برقراری تساوی بین زن و مرد تا این حد چالشهایی نیز بین مکاتب و مذاهب و فرهنگ‌های مختلف وجود دارد و برخی برقراری چنین تساوی مطلق را نه عملی و نه متناسب با وضعیت طبیعی زن و مرد و نه حتی به نفع زن می‌دانند و لذا بسیاری از کشورهایی که به کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان پیوسته‌اند، به تناسب دیدگاه و احیاناً امکانات خود، نسبت به برخی از مواد و مقررات آن اعلام حق تحفظ یا حق شرط (reservation) نموده و خود را ملزم به رعایت آنها نکرده‌اند.[۳] و بعضی هم برخی مقررات متفاوت بین زن و مرد، و گاه به ظاهر تبعیض آمیز را، تبعیض ناروا ندانسته و بلکه آنها را مبتنی بر مصالح زن و مرد و خانواده، و حتی واجد وصف جنبه حمایتی از زن می‌دانند، ولی در هر صورت آنچه در اسناد بین‌المللی و شاید بتوان گفت هم اکنون در عرف بین‌المللی جاافتاده، این است که مقررات و احکام و رفتارهای متفاوت با زن و مرد که مبتنی

---

۱. به نقل از رئیس کمیسیون مقام زن در گزارش تقدیمی خود به کمیسیون حقوق بشر، پیشین.

۲. ر.ك: حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، حسین مهرپور، ص ۲۹۲ به بعد.

۳. برای اطلاع بیشتر در این زمینه، ر.ك: حقوق بشر در اسناد بین‌المللی، پیشین، ص ۲۶۲ به بعد، در مورد حق شرط کشورها.

بر تبعیض بر اساس جنسیت باشد و مشخصاً زن به لحاظ زن بودن و پائین تر بودن موقعیت و ارزش انسانی از حقوق یا حتی مسئولیت کمتری برخوردار باشد و با این دید تابع ضوابط متفاوتی قرار گیرد قابل پذیرش و دفاع نیست و باید در این دیدگاه تجدیدنظر کرد.

جمهوری اسلامی ایران هر چند هنوز کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان را تصویب نکرده ولی با تصویب بدون قید و شرط میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و قبل از آن منشور ملل متحد و دادن رأی مثبت به اعلامیه جهانی حقوق بشر که جملگی بر رفع تبعیض علیه زنان و لغو و اصلاح مقررات تبعیض آمیز تأکید دارند، از این حیث، تعهد بین‌المللی دارد و طبیعی است که نه تنها جامعه بین‌المللی و بویژه نهادهای حقوق بشری آن بلکه جامعه زنان داخل کشور و بخصوص تحصیل کرده‌ها انتظار دارند که دولت به این تعهد خود عمل نماید و اگر قوانین و مقررات تبعیض آمیز و یا موانعی بر سر راه احقاق حقوق مساوی زنان وجود دارد، آنها را اصلاح نماید.

از سوی دیگر، طبق قانون اساسی، حکومت ایران، موظف است در وضع و تصویب و اجرای قوانین، موازین اسلامی و فقهی را در نظر بگیرد و از جمله در مقررات مربوط به زنان نیز، باید از دایره مقررات اسلامی پارا فراتر نگذارد و آنها را رهنمود خود قرار دهد.

از دیدگاه اسلامی قدر مسلم در متون اصلی و معتبر اسلام مثل قرآن کریم و برخی روایات معتبر وارده از پیامبر اکرم(ص) عمدتاً به زن به عنوان یك انسان کامل که با مرد از یك منشأ آفریده شده و مکمل یکدیگر هستند یاد شده و از لحاظ کرامت انسانی و رسیدن به مقامات عالی معنوی و کسب فضایل بالای انسانی و تحمل تکلیف و مسئولیت و توانایی اعمال مدیریت و تدبیر همانند مرد از او سخن به میان آمده است که برای نمونه می توان به آیات ۱ و ۲ سوره نساء، ۳۵ سوره احزاب، ۱۹ تا ۲۳ سوره اعراف، ۲۰ تا ۴۴ سوره نمل، ۱ سوره نور، ۳۸ سوره مائده و نظایر آن اشاره کرد.

البته در برخی از آیات قرآنی نیز تعبیراتی وجود دارد که ظهور در برتری مرد نسبت به زن در برخی از حقوق و وظایف دارد از جمله می توان به آیه ۲۲۸ سوره بقره اشاره کرد که ضمن بیان برخورداری زن از حقوق و تکالیف تعبیر شده است که مردان بر زنان برتری دارند: «و لهن مثل الذی علیهن بالمعروف و للرجال علیهن درجة» و یا آیه ۳۴ سوره نساء که

از سرپرستی مردان بر زنان با این عنوان که مردان برتری یا زیادتی دارند و وظیفه نفقه نیز برعهده آنهاست سخن به میان آمده است: «الرّجال قوّامون علی النّساء بما فضّل اللّه بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم...» که طبعاً در این مقدمه جای بحث پیرامون این موضوع و تجزیه و تحلیل آن نیست ولی اجمالاً این معنی مسلم است که اسلام و قرآن مجید، تأثیر مهمی در احیای نقش انسانی زن و کرامت و حیثیت و نیز تأمین حقوق و رفع مظالم از او داشته‌اند. طبعاً در تبیین مقررات اسلامی در ارتباط با حقوق و تکالیف و موقعیت زنان، این بینش اسلامی را باید مدنظر داشت.

در قوانین موضوعه و جاری جمهوری اسلامی ایران در زمینه‌های مختلف مقرراتی وجود دارد که در آنها تفاوتهایی بین زن و مرد دیده می‌شود و حداقل بعضی از آنها تبعیض آمیز به نظر می‌رسد. بررسی این گونه مقررات از چند نظر حائز اهمیت است یکی از این جهت که اگر واقعاً این مقررات تبعیض آمیز هستند و اجرای آنها موجب بی‌عدالتی در مورد زنان می‌شود، وظیفه شرعی، انسانی، اقتضای رشد و توسعه کشور و تعهدات بین‌المللی ایجاب می کند که در مقام اصلاح آنها برآمد. جهت دیگر، الزامات بین‌المللی دولت ایران است که تخلف از آن در سطح جهانی و بویژه در مجامع حقوق بشری انتقادات و گاه تصمیماتی را در قالب صدور قطعنامه علیه دولت ایران برمی‌انگیزد و دولت نمی‌تواند نسبت به آنها بی‌تفاوت باشد. از سوی دیگر عمده این مقررات مبنای شرعی، فقهی و اسلامی دارد و وقتی به عنوان حکم اسلامی مطرح می گردد، طبعاً دیدگاه و بینش اسلامی به چالش کشیده می‌شود و لازم است با بررسی دقیق این مقررات و مبانی و فلسفه و حکمت آنها یا برخلاف آنچه در ظاهر امر مشهود است، دیدگاه واقعی اسلام را پیدا کرد، و اصلاح و تغییر آنها را با کشف آن دیدگاه با عنایت به مقتضیات زمان و مکان و با استفاده از اجتهاد پویا امکان‌پذیر ساخت و یا تبیین و توجیه منطقی و عقلی و قانع کننده به عمل آورد و در نتیجه اتهام داشتن احکام تبعیض آمیز و غیرعادلانه را از اسلام زدود.

اینجانب به مناسبت تدریس حقوق مدنی و حقوق خانواده و نیز متون فقه در دانشکده حقوق و شرکت در مجامع بین‌المللی و برخی اجلاسهای سازمان ملل در زمینه حقوق بشر و آشنایی مختصر با فقه اسلامی، برخی از موضوعات مربوط به زنان را که در قوانین ایران و

فقه اسلامی، احکامی متفاوت با اسناد بین‌المللی حقوق بشر دارد و مورد نقد و ایراد قرار می گیرد مطالعه و بررسی و تجزیه و تحلیل نموده و مقالاتی نگاشته‌ام، در برخی از موارد به نتایجی متفاوت از آنچه در قوانین موضوعه و نظر رایج فقهی آمده رسیده‌ام و در بسیاری از موارد تا حدودی مطلب را باز نموده و ابعاد آن را شکافته‌ام و گزینه‌هایی را مطرح کرده‌ام بدون اینکه به نظر قطعی رسیده باشم بدان امید که صاحب‌نظران ذی صلاحیت، باتوجه به اهمیت مطلب، موضوع را پی گرفته و نظرات راهگشایی ارائه نمایند. این مقالات در مجله‌های حقوقی داخل کشور اغلب به فارسی و بعضاً به انگلیسی در زمانهای مختلف منتشر شده‌است و هم اکنون مجموعه آنها که ده مقاله یا ده مبحث است به صورت کتاب در دسترس علاقمندان قرار می گیرد. در این مقالات یا مباحث وضعیت متفاوت زن و مرد در قوانین موضوعه ایران و مبانی فقهی آن مورد بررسی قرار گرفته و اشاره‌ای به مقررات اسناد بین‌المللی در آن زمینه می‌شود و حتی‌المقدور تجزیه و تحلیلی به عمل می آید و گاه نظر جدیدی ارائه می‌شود. موضوعاتی که با این دیدگاه در این کتاب یا این مجموعه مقالات مورد بررسی قرار گرفته عبارتند از: محدودیت آزادی انتخاب همسر، تعدد زوجات، وضعیت متفاوت زن و مرد در انحلال نکاح از فسخ و طلاق، حقوق مالی زن، وضعیت متفاوت زن و مرد در امر قصاص، دیه، شهادت، قضاوت، مجازات زن به وسیله شوهر موضوع ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی و وضعیت حقوقی و شرعی تلقیح مصنوعی، که این مقاله اخیر هم چون بی تناسب با مباحث نبود در پایان کتاب آورده‌ام.

در جمع آوری این مقالات سعی شده اصلاحات لازم به مناسبت تغییر و اصلاح برخی قوانین که پس از انتشار مقاله در مجله به‌عمل آمده صورت گیرد و حتی‌الامکان از تکرار بعضی مطالب خودداری شود معذلك چون اصل مطلب در زمانهای متفاوت و به صورت مستقل قبلاً انتشار یافته ناگزیر برخی تکرارهای اجتناب‌ناپذیر ممکن است دیده شود.

به لحاظ سهولت دسترسی خوانندگان به کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان که به مناسبت‌های مختلف در این کتاب به مواد آن استناد شده، متن انگلیسی و ترجمه فارسی آن که البته غیررسمی است در ضمیمه کتاب آورده شده است.

در پایان، تذکر این نکته را لازم می‌داند که اگر در مباحث مطروحه در این کتاب، نقد و نظری نسبت به مبانی فقهی و نظریات رایج و متداول در بین فقهاء به عمل آمده و یا به اسناد بین‌المللی حقوق بشر و بخصوص کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان استناد شده، منظور، تخطئه احکام شرعی و پذیرش بی‌قید و شرط مقررات بین‌المللی که گفته می‌شود عمدتاً بیانگر فرهنگ غربی است، نمی‌باشد. هدف عمده از طرح این مباحث و بحث و بررسی پیرامون آنها دوچیز است: یکی رفع نگرش تبعیض‌آمیز و نقد مقررات و رویه‌های نادرست و غیرعادلانه در مورد زنان که هم با کرامت انسانی و عدالت فردی و اجتماعی مغایر بوده و هم مانع رشد و توسعه در کشور است و دیگری تبیین دیدگاه واقعی اسلام در زمینه حقوق و تکالیف زنان با عنایت به مقتضیات زمان و مکان و تحولات عظیم اجتماعی که ناگزیر در فهم احکام تأثیرگذار است و رفع اتهام نگرش و وضع قوانین تبعیض‌آمیز به صورت ناروا و غیرقابل دفاع در اسلام در مورد زنان می‌باشد. در عین حال با طرح بحث‌های انتقادی نسبت به برخی قوانین موضوعه در کشور، انتظار دارد سهم ناچیزی در جهت گیری اصلاح قوانین نامتناسب و غیرقابل پذیرش در جامعه امروزی داشته باشد.

همان‌طور که در صفحات پیشین ذکر شده، این قلم مدعی نیست که نظرات صائبی ارائه کرده است بلکه عمدتاً با طرح و تبیین برخی از مباحث و مشکلات خواستار ارائه طریق و نظریات سودمند و راه‌حلهای درست از سوی صاحب‌نظران ذی‌صلاحیت است؛ از خداوند بخشنده جان و عقل و شعور به افراد آدمی و فرستنده پیامبران برای برپاداشتن عدالت و رفع تبعیض ناروا و رعایت حیثیت و کرامت انسانی در جامعه بشری خواستاریم که همواره اندیشه، قلم، قدم، و زبان ما را به راه راست بدارد و از کج فهمی و کج‌روی بازدارد.

و ماتوفیقی الاباللّه علیه توکلت و الیه انیب

دکتر حسین مهرپور

خردادماه ۱۳۷۹

نگاهی به حقوق مالی زن در نظام حقوقی ایران

مقدمه

نهضت گسترده‌ای که از آغاز نیمه دوم قرن بیستم در جهت احقاق حقوق زنان و رفع تبعیض علیه آنان شروع شد و در دهه اخیر (۱۹۹۵-۱۹۸۵) شتاب بیشتری به خود گرفت، کاوشی عمیق در زوایای مختلف مسائل مرتبط به حقوق زنان نموده و تلاش کرده با وضع قواعد و ضوابطی در قالب اعلامیه، کنوانسیون و بیانیه انواع تبعیض‌ها و نابرابریهای موجود را ممنوع و تساوی را برقرار نماید، جدیدترین و جامع ترین اسناد حاوی این ضوابط، پس از کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، سند چهارمین کنفرانس جهانی زن (پکن ۱۵-۴ سپتامبر ۱۹۹۵) می‌باشد. در این سند، انواع مسائل مربوط به زنان و نابرابری‌های موجود، مطرح و اقدامات لازم برای رفع تبعیض و اصلاح وضع پیش بینی شده است. یکی از موضوعات مطرح شده در این سند و در کنوانسیون رفع تبعیض، موضوع حق مالی زنان و دستیابی آنها به منابع ثروت است. در این راستا، در اسناد مزبور بر اهلیّت کامل زن و تساوی او با مرد در کسب مال، انعقاد قرارداد و اداره اموال و تصرف در آن و صلاحیت تملك هرگونه مالی، همانند مرد تأکید شده و به دولتها توصیه شده در اصلاح قوانین و رویه عملی خود در جهت رسیدن به هدف مزبور اقدام نمایند.

ماده ۱۳ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان بر تساوی حقوق زن و مرد در زمینه‌های اقتصادی بخصوص حق دریافت وام بانکی، رهن و دیگر انواع اعتبارات مالی تأکید می‌نماید، و در ماده ۱۵ بر اهلیت عقد قرارداد، مطالبه مال و دفاع از حقوق مالی خود در دادگاه برای زن همانند

مرد، تصریح شده است. در بند ب پاراگراف ۶۱ سند پکن[1] تحت عنوان تجدید نظر در قوانین و شیوه‌های اجرایی به منظور تضمین تساوی حقوق زنان در دسترسی به منابع اقتصادی آمده است:

«دولتها تعهد می کنند اصلاحات قانونی و اداری لازم را به عمل آورند و بر اساس آن به زنان حق کامل مساوی با مردان در دسترسی به منابع اقتصادی از جمله حق ارث، مالکیت زمین و دیگر اموال و معاملات اعتباری و منابع طبیعی و تکنولوژی مناسب بدهند.»

پاراگراف ۱۶۵ تعهد دولتها را به تصویب و اجرای قوانینی که حقوق مساوی زن و مرد را به دریافت مزد مساوی در مقابل کار مساوی تضمین کند مورد تأکید قرار داده است. و بند د پاراگراف ۲۷۴ بر محو هر گونه بی عدالتی در رابطه با حق ارث بین پسر و دختر تأکید دارد.

چنانکه می دانیم در طول تاریخ در نظامهای مختلف نسبت به اهلیت زن برای عقد قرارداد، کسب مال، تصرف در امور مالی و دارایی خود، تملك زمین و امکان دریافت اعتبار و نیز حق ارث، محدودیتهایی وجود داشته و هنوز هم در بعضی موارد قانوناً یا عملاً محدودیتها یا شیوه‌های متفاوتی وجود دارد که در این سند اکیداً خواسته شده دولتها هر گونه تفاوت مبتنی بر تبعیض از لحاظ جنس را از میان بردارند. در این نوشته کوتاه نگاهی خواهیم داشت بر موقعیت حقوق مالی زنان در نظام حقوقی ایران، و اجمالاً وضع موجود در قوانین حاکم بر زنان از نظر اهلیت، دارا شدن و کسب درآمد، اداره و تصرف اموال، اشتغال، شرایط کار، ارث، نفقه، مهریه و غیره را بیان می کنیم.

۱ـ اهلیت

اهلیت بر دو قسم است: اهلیت تمتع که به معنی صلاحیت برای دارا بودن حقوق است و اهلیّت استیفاء که عبارت از صلاحیت در اجرا و اعمال حقوق می باشد.

طبق قانون مدنی هر انسان اعم از زن و مرد در هر وضعیت و در هر سن از اهلیّت تمتع برخوردار است و می تواند دارای حق شود و از جمله می تواند مالك مال گردد.

طبق ماده ۹۵۶ قانون مدنی: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود» و ماده ۹۵۸ همان قانون می گوید: «هر انسان متمتع از

1. Report of the fourth world conference on women a / conf 177/20.

حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچکس نمی تواند حقوق خود را اعمال و اجرا کند، مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد.»

اهلیت قانونی برای اعمال حق یا اهلیت استیفاء عبارت از این است که شخص بالغ، عاقل و رشید باشد. هر انسانی که دوران کودکی را پشت سر گذاشت و به سن بلوغ و رشد رسید، دارای اهلیت قانونی محسوب است و می تواند هر گونه تصرفی در امور و اموال خود بنماید، مگر اینکه ثابت شود فاقد عقل و دیوانه است یا سفیه و غیر رشید است و دادگاه حکم حجر او را صادر نماید. در این حکم کلی، هیچ تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد، جز اینکه سن بلوغ دختر زودتر از بلوغ پسر تعیین شده است.[1] و در هر حال هیچکس نمی تواند اهلیت خود را سلب کند و اگر طی قراردادی شخصی این اهلیت را از خود سلب کند قرارداد مزبور معتبر نخواهد بود. در این رابطه مواد مربوطه قانون مدنی را متعرض می شویم:

در زمینه اهلیت طرفین معامله، ماده ۲۱۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند.» و طبق ماده ۲۱۱: «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.»

به حکم ماده ۹۵۹: «هیچکس نمی تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.»

---

۱. طبق تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.»

در قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ سن رشد یا سن اهلیت قانونی اعم از پسر یا دختر ۱۸ سال تمام تعیین شده بود. قانون مدنی با اینکه در برخی از موارد از بلوغ نام برده بود (مثلاً ماده ۲۱۱: برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند) ولی معیاری برای سن بلوغ قرار نداده بود و در واقع بین سن و بلوغ و رشد تفکیک نکرده بود و به طور کلی سن ۱۸ سال تمام را طبق ماده ۱۲۱۰، اماره رشد قرار داده بود. در اصلاحات سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ بین سن بلوغ و رشد تفکیک حاصل شد، سن بلوغ همان‌طور که بیان شد، برای دختر ۹ سال تمام قمری و برای پسر ۱۵ سال تمام قمری می‌باشد. سن بلوغ مبنای رشد است ولی ملازم با رشد نیست و لذا طبق تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی اموال صغیری را که به سن بلوغ رسیده در صورتی می توان به او تسلیم کرد که رشدش احراز شده باشد ولی به هرحال بین پسر و دختر بالغ و رشید تفاوتی نیست. لازم به ذکر است که معیار ۹ سال و ۱۵ سال برای بلوغ دختر و پسر در اهلیت قانونی مبتنی بر قول مشهور فقهای امامیه است ولی اخیراً برخی از فقهاء نظرات متفاوتی ارائه کردند و مثلاً سن بلوغ دختر را ۱۳ سال تمام دانسته‌اند. (ر.ك: توضیح المسائل، آیت‌الله یوسف صانعی).

همان‌طور که اشاره کردیم در اهلیت تمتع و همچنین اهلیت قانونی یا استیفاء تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد و هیچ فرد بالغ و عاقل و رشیدی صرفاً به خاطر زن بودن فاقد اهلیت مخصوصاً در امور مالی نیست.

تنها محدودیتی که ممکن است به مناسبت اهلیت قانونی مطرح شود، حکمی است که در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی آمده که به موجب آن: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است...».

طبق این ماده قانونی با توجه به موادقانونی دیگر در مورد اهلیت که بدانها اشاره شد، دختر که به سن بلوغ و رشد رسید همانند پسر دارای هر نوع اهلیت قانونی و مدنی است و حق همه گونه تصرف در امور مالی دارد و می تواند هر نوع قراردادی ببندد، فقط برای شوهر کردن و انعقاد عقد نکاح باید اجازه پدر یا جد پدری خویش را بگیرد، برخلاف پسر که اگر در همین وضعیت بخواهد ازدواج کند قانوناً اجازه پدر را لازم ندارد. البته در مورد دختر هم که این حکم قانونی بنا به نوع سنت جاری برای مصلحت دختر مقرر شده اگر پدر، بدون جهت موجه بخواهد مانع ازدواج دختر شود وی می تواند با مراجعه به دادگاه و گرفتن اجازه بدون اجازه پدر، ازدواج خود را به ثبت برساند. دنباله ماده ۱۰۴۳ مذکور می گوید:

«... و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنهاقرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

البته این معنی را باید در نظر داشت که هیچگاه پدر نمی تواند بدون موافقت و رضایت دختر بالغ خود او را به عقد دیگری درآورد و چنین عقدی اگر دختر رضایت ندهد باطل است. ولی برای بطلان عقد نکاحی که دختر باکره بالغ بدون اجازه پدر و طی کردن مراحل اخذ اجازه از دادگاه انجام داده بحث و تردید فراوان وجود دارد که مجال پرداختن به آن در این مقاله نیست.[۱]

---

۱. برای آگاهی از نظر تفصیلی در این خصوص ر.ك: مقاله: محدودیت آزادی انتخاب همسر، ص۵۶ به بعد

به هر حال با توجه به مقررات قانونی ایران، زن همانند مرد از اهلیت تمتع برخوردار است و در صورت داشتن بلوغ و عقل و رشد چون مرد حق انجام هرگونه عمل حقوقی از جمله کسب درآمد، متعهد شدن یا متعهد له واقع شدن، اداره اموال و دخل و تصرف در اموال خود را دارد و در این جهت فرقی بین زن مجرد و شوهردار نیست، یعنی ازدواج هم تأثیر منفی روی اهلیت قانونی زن نمی گذارد و اختیار او را در اداره اموالش محدود نمی سازد. برای رفع هرگونه شبهه ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «زن مستقلاً می تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می خواهد بکند.» هنگامی که این مواد قانون مدنی ایران تصویب شد (سال ۱۳۱۳) هنوز قانون مدنی فرانسه اصلاح نشده بود، براساس مواد ۲۱۲ به بعد قانون مدنی فرانسه، شوهر حکم قیّم را نسبت به زن داشت و زن نمی توانست بدون اجازه شوهر هیچگونه عمل حقوقی انجام دهد، طبعاً تصرفات او در اموال خود نیز بدون اجازه شوهر میسر نبود حتی در صورتی که زن در اثر اشتغال به کاری (که می بایست با موافقت شوهر باشد) درآمد و یا حقوقی دریافت می کرد، می بایست در اختیار شوهر قرار گیرد. (آلکس ویل، **حقوق مدنی**، ج اول، صص ۲۳۲ و ۲۷۲) قانون مدنی ایران که در برخی مواد و تنظیم بعضی مقررات از قانون مدنی فرانسه الهام می گرفت برای رفع هرگونه شبهه و تصریح به اینکه برخلاف مقررات قانون مدنی فرانسه، زن اهلیت و استقلال کامل در دارایی خود دارد، ماده ۱۱۱۸ را انشاء نمود. البته در قانون مدنی فرانسه هم از سال ۱۹۳۸ بتدریج اصلاحاتی صورت گرفت و در رابطه با این موضوع ماده جدید ۲۲۵ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۳ دسامبر ۱۹۸۵ مقرر می دارد: «هریك از زوجین حق دارد اموال شخصی خود را اداره کند به رهن گذارد یا منتقل کند.»

حکم ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی ایران مبنای اسلامی و ریشه فقهی دارد؛ شیخ طوسی از فقهای بزرگ امامیه در قرن پنجم هجری در کتاب معتبر فقهی خود به نام کتاب **الخلاف** بدین معنی تصریح نموده است که: وقتی زن به حد بلوغ و رشد رسید، اموالش به او تحویل می شود و می تواند هرگونه تصرفی در آن بکند، خواه شوهر داشته باشد یا نه و در صورت داشتن شوهر برای تصرف در اموالش نیازی به اجازه شوهر ندارد: «اذا بلغت المرأة و هی رشیدة دفع الیها مالها و جاز لها ان تتصرف فیه سواء کان لها زوج اولم یکن و اذا کان لها زوج فتصرفها لا یفتقر

الی اذن زوجها...») (کتاب الخلاف، چاپ مؤسسه نشر اسلامی قم، ج ۳، ص ۲۸۶).

۲ـ اشتغال و مزد مساوی در قبال کار مساوی

الف ـ عدم تبعیض در مزد

طبق ماده ۳۸ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹:

«برای انجام کار مساوی که در شرایط مساوی در یك کارگاه انجام می‌گیرد باید به زن و مرد، مزد مساوی پرداخت شود. تبعیض در تعیین میزان مزد بر اساس سن، جنس، نژاد و قومیت و اعتقادات سیاسی و مذهبی ممنوع است.»

ماده ۷۶ همان قانون مدت ۹۰ روز مرخصی ایام زایمان را برای کارگران زن پیش‌بینی کرده که حقوق آن ایام را زن می‌گیرد و جزء سوابق خدمت وی محسوب می‌گردد. در ماده ۷۸ تسهیلات مربوط به کارگران زن که بچه شیرخوار دارند پیش‌بینی شده و از جمله مقرر شده که کارفرما باید به مادران شیرده پس از هر سه ساعت کار نیم ساعت فرصت شیر دادن بدهد و این مدت جزء ساعات کار او محسوب می‌گردد.

ب ـ فرصت‌های شغلی برای زنان

علی الاصول زنان مانند مردان می‌توانند به مشاغل مختلف دست یابند و منع قانونی برای اشتغال آنان وجود ندارد. اصل ۲۸ قانون اساسی به صورت عام و شامل می‌گوید:

«هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.»

نظیر همین حکم از حیث شمول نسبت به زن و مرد در دستیابی به فرصت‌های شغلی در اصل ۴۳ قانون اساسی دیده می‌شود، به خصوص بند ۲ اصل مزبور که از جمله ضوابط نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران این گونه بیان شده است: «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قراردادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند در شکل تعاونی...»

در قانون کار، هیچ محدودیتی برای زنان در انعقاد قرارداد کار و نوع کارهای ارجاعی

بر مبنای تبعیض بین دو جنس وجود ندارد. طبق تبصره ماده ۹ قانون مزبور: «اصل بر صحت کلیه قراردادهای کار است، مگر آنکه بطلان آنها در مراجع ذی صلاح به اثبات برسد.» تنها محدودیتی که در قانون کار به نفع زنان برقرار شده ممنوعیت ارجاع کارهای سخت و زیان آور و خطرناك به آنهاست. طبق ماده ۷۵: «انجام کارهای خطرناك، سخت و زیان آور و نیز حمل بار بیشتر از حد مجاز با دست و بدون استفاده از وسایل مکانیکی، برای کارگران زن ممنوع است...».

۳ـ محدودیتهای شغلی

در حال حاضر دو نوع محدودیت شغلی برای زنان، طبق قوانین ایران وجود دارد که یکی ممنوعیت برخی از مشاغل به خاطر منع شرعی یا به لحاظ مصالح ملی و امنیتی و رعایت وضع خاص زنان و دیگری محدودیت مربوط به زن شوهردار از اشتغال به مشاغل منافی مصالح خانوادگی است.

در قسمت اول دو نوع محدودیت در حال حاضر وجود دارد:

الف ـ ممنوعیت از اشتغال به قضاوت

طبق نظر و فتوای معروف فقهای اسلام در شرع اسلام، مرد بودن از شرایط اشتغال به قضاوت است و زنان حق قاضی شدن به معنای عهده‌دار شدن رسیدگی به دعوی و رأی دادن ندارند. از همین رو، ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات مصوب سال ۱۳۶۱ مقرر داشته است: «قضات از میان مردان واجدشرایط انتخاب می شوند.»

البته در این رابطه باید متذکر شد که طبق اصلاحیه ۲۹ فروردین ماه ۱۳۷۴ بر تبصره ۵ ماده‌واحده مزبور مصوب مجلس شورای اسلامی، زنان واجد شرایط می توانند با پایه قضایی همانند مردان در پست‌های مشاورت دیوان عدالت اداری، دادگاههای مدنی خاص، قاضی تحقیق، مستشاری اداره حقوقی، و نظایر آنها انجام وظیفه نمایند، در حال حاضر محدودیت شغل قضایی زنان مربوط به تصدی دادگاه و صدور حکم به معنای خاص آن است.[1]

---

۱. همین مسأله خود مورد بحث است؛ برای آگاهی از نظرات دیگر، ر.ك: مقاله: بحثی پیرامون قضاوت زن، ص ۳۱۳ به بعد.

ب ـ محدودیت اشتغال در نیروهای مسلح

مستفاد از ماده ۳۲ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۶/۷/۷ و ماده ۲۰ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱ این است که زنان به صورت محدود در مشاغل درمانی، بهداشتی و نظایر آنها ممکن است استخدام شوند و در مشاغل سنگین و در ارتباط با سلاح و بکارگیری آن از آنها استفاده نمی‌شود. طبعاً این محدودیت هم در جهت ملاحظه وضعیت خاص زنان و مصالح امنیتی کشور است و تبعیض ناروا در احراز مشاغل محسوب نمی‌شود. البته بسیاری از کشورهای دیگر هم در این رابطه همین وضع را دارند چنانکه بسیاری از کشورها هنگام الحاق به کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان در مورد بند ب ماده ۷ کنوانسیون که شرکت مطلق زنان را در همه مشاغل دولتی در تمام سطوح متذکر شده، اعلام حق شرط نموده و خود را پایبند به اجرای مطلق آن در نیروهای مسلح ندیده‌اند.[1]

ج ـ محدودیت شغلی زن شوهردار

ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی به مرد حق داده است که در برخی موارد زن خود را از اشتغال به شغلی منع نماید، ماده مزبور بدین شرح است: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند.» این ماده نوعی محدودیت شغلی برای زن شوهردار ایجاد می کند ولی محجوریت مطلق زن شوهردار و یا تسلط مطلق مرد را بر زن و مانع شدن از اشتغال او نمی‌رساند، بلکه به لحاظ اهمیت و اعتباری که به خانواده داده شده به لحاظ حفظ مصالح خانوادگی، محدودیت زن نسبت به برخی مشاغل به وسیله شوهر مجاز شمرده شده است.

با تصویب ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده[2] در سال ۱۳۵۳ در واقع ماده ۱۱۱۷ از دو جهت اصلاح شد؛ یکی از جهت مرجع تشخیص منافی بودن شغل زن با مصالح خانوادگی و دیگری در جهت دادن همین نوع حق به زن و در واقع برقراری تساوی بین زن و شوهر در

---

1. Status of International Instruments: united nations,NewYork 1987, P 192.

ملاحظه شود حق شرطهای اتریش، استرالیا و آلمان.

۲. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۵ بهمن ماه ۱۳۵۳ منتشره در روزنامه رسمی شماره ۸۷۸۵ مورخ ۱۳۵۳/۱۲/۱۲.

ممانعت دیگری از اشتغال به مشاغل منافی مصالح خانواده یا حیثیات زوجین می‌باشد. ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد:

«شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد منع کند. زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی را بنماید، دادگاه در صورتی که اختلالی در معیشت خانواده ایجاد نشود، مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می‌کند.»

هرچند برخی از مواد قانون حمایت خانواده به موجب قوانینی که بعد از انقلاب اسلامی تصویب شده نسخ گردید، ولی کلیه مواد قانون حمایت خانواده، نسخ نشده و این ماده ۱۸ نیز از موادی است که قانوناً نسخ نشده و به قوت خود باقی و قابل اجراست.

نظیر چنین وضعی در قانون مدنی برخی کشورهای دیگر نیز به چشم می‌خورد، مثلاً طبق ماده ۱۶۷ قانون مدنی سوئیس، هریك از زوجین در انتخاب شغل و انجام فعالیت‌هایش باید رعایت شخص همسر و منافع زندگی مشترك را بنماید.[۱] در قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحیه سال ۱۹۶۵ طبق بند ۱ ماده ۲۲۳، مرد می‌توانست با اشتغال همسرش مخالفت نماید ولی در اصلاحیه سال ۱۹۶۵ در ماده فوق‌الذکر تصریح شد که زن می‌تواند بدون موافقت شوهرش شغلی داشته باشد. در جریان مذاکرات مجلس هنگام تصویب ماده فوق گفته شده است که اگر اشتغال یکی از زوجین منافع خانواده را به خطر اندازد، طرف دیگر می‌تواند از طریق دادگاه او را از آن شغل منع نماید.[۲]

البته ماده ۲۲۳ در ۲۳ دسامبر ۱۹۸۵ مجدداً اصلاح شد. در این اصلاحیه آمده است که هریك از زوجین می‌تواند آزادانه شغلی را انتخاب کند، درآمد و حقوق مربوط به آن را بگیرد و پس از کسر مخارج مربوط به خانواده، آن را برای خود نگه دارد.[۳] به هر حال

1. Code civil suisse: Edité par la chancellerie federale. 1988 Art 167: "Dans le choix de ces activités, chaque époux a égard á la personne de son conjoint et aux interets de l'union conjugale".
2. Alex Weill: Droit Civil: Tome 1 p.271-272. Dalloz 1972
3. Code Civil - Dalloz 1995 - 96.

صرف نظر از محدودیتی که به شرح مذکور در مورد اشتغال ممکن است به خاطر رعایت منافع و مصالح خانواده برای زن وجود داشته باشد، اصولاً طبق مقررات قانونی ایران، زن همانند مرد می تواند با پیش گرفتن هر گونه شغل و حرفه مناسب، عقد قرارداد، تشکیل شرکت، خرید سهام، استفاده از اعتبارات بانکی و هر نوع عمل حقوقی دیگر، از جمله قبول هبه، قبول وصیت، اخذ به شفعه[1] و نیز حیازت مباحات[2] و عمران اراضی موات[3] به منابع مالی دسترسی پیدا کند.

۴ـ ارث

به تعبیر ماده ۱۴۰ قانون مدنی یکی از اسباب تملك،[4] ارث است و انسان با وراثت می تواند مالك مال شود. مقررات مربوط به ارث قانون مدنی ایران از قرآن کریم که قسمت عمده‌ای از احکام اصلی ارث را در سوره نساء بیان کرده و احکام فقه امامیه گرفته شده است. طبق ماده ۸۶۱ قانون مدنی، دو چیز موجب ارث است یکی نسب و دیگری سبب.

ماده ۸۶۲ ارث برندگان به موجب نسب را به سه طبقه تقسیم کرده که عبارتند از: ۱ـ پدر و مادر و اولاد و اولادِ اولاد، ۲ـ اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها، ۳ـ اعمام و عمات

---

۱. ماده ۸۰۸ قانون مدنی حق شفعه را این گونه بیان کرده است: «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترك باشد و یکی از دو شریك حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریك دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملك کند؛ این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.»

۲. حیازت به معنای بدست آوردن و چیزی را متصرف شدن و مباحات جمع مباحه از اباحه است یعنی اموالی که آزاد است و هر کس می تواند آنها را تملك کند. قانون مدنی در ماده ۱۴۶ می گوید: «مقصود از حیازت، تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا.» و ماده ۱۴۷ مقرر می‌دارد: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوط به آن حیازت کند مالك آن می‌شود.»

۳. موات یعنی مرده و اراضی موات یعنی زمین‌هایی که آباد نشده و مالك ندارد؛ طبق ماده ۱۴۳ قانون مدنی «هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملك احیاء کند، مالك آن قسمت می‌شود.»

۴. ماده ۱۴۰ قانون مدنی: تملك حاصل می‌شود:

۱ـ به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه

۲ـ به وسیله عقود و تعهدات

۳ـ به وسیله اخذ به شفعه

۴ـ به ارث

و اخوال و خالات و اولاد آنها. منظور از سبب که از موجبات ارث است زوجیت است و به موجب آن زن و شوهر از یکدیگر ارث می‌برند.

در ارث بردن، زن، همانند مرد از حق ارث برخوردار است و در هیچ طبقه‌ای دختر یا زن به عنوان زن بودن از ارث محروم نیست زن، به عنوان دختر متوفی، یا خواهر یا عمه و خاله او و یا به عنوان همسر از حق ارث برخوردار است و سهمی در مالِ به جای مانده از شخص فوت شده دارد، همان گونه که در قرآن کریم آمده است: «للرجال نصیب مما ترك الوالدان و الاقربون و للنساء نصیب مما ترك الوالدان و الاقربون مما قل منه او کثر نصیبا مفروضا». (سوره نساء آیه۷) یعنی «هم مردان بهره‌ای از اموال به جای مانده از والدین و نزدیکان خود دارند و هم زنان سهمی دارند و سهم هریك کم یا زیاد تعیین شده است.» تفاوتی که در زمینه ارث بین زن و مرد، در حقوق ایران همانند حقوق سایر کشورهای اسلامی وجود دارد، این است که علی الاصول سهم الارث زن نصف مرد است، یعنی دختر متوفی نصف سهم پسر او و خواهر نصف سهم برادر می‌برد و در مورد زوجیّت نیز سهم الارث زن نصف سهم الارثی است که شوهر می‌برد. البته در بعضی موارد استثنایی زن و مرد از سهم الارث یکسانی برخوردارند، چنانکه اگر وارث نسبی متوفی مثلاً منحصر به چند برادر و خواهر امی یا چند دایی و خاله باشد، ترکه بین آنها بالسویه تقسیم می‌شود.

مبنای اصلی حکم ارث و نصف بودن سهم الارث زن نسبت به مرد قرآن کریم است که در آیه ۱۱ سوره نساء می‌فرماید: «یوصیکم اللّه فی اولادکم للذّکر مثل حظّ الانثیین...» (خداوند سهم الارث فرزندانتان را بدین گونه قرار داده که سهم پسر دو برابر دختر باشد) و در آیه ۱۲ همان سوره سهم الارث شوهر از اموال زن خود را بر حسب اینکه اولادی داشته باشد یا نه $\frac{۱}{۴}$ و $\frac{۱}{۲}$ قرار داده در حالی که سهم الارث زن از اموال شوهر را به ترتیب $\frac{۱}{۸}$ و $\frac{۱}{۴}$ مقرر فرموده است: «و لکم نصف ما ترك ازواجکم ان لم یکن لهن ولد فان کان لهن ولد فلکم الربع مما ترکن من بعد وصیة یوصین بها او دین و لهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولد فان کان لکم ولد فلهنّ الثّمن مما ترکتم...».

در نظام مالی خانواده در حقوق ایران دو منبع دیگر مالی برای زن وجود دارد که در واقع می‌تواند کمبود ناشی از سهم الارث را جبران کند. این دو منبع عبارتند از مهر و

نفقه. و اتفاقاً در برخی از روایات نیز علت دو برابر بودن سهم الارث مرد نسبت به زن همین امر ذکر شده که مرد باید به هنگام ازدواج مالی را به عنوان مهر به زن بدهد و نیز در دوران زندگی زناشویی مکلف است نفقه و مخارج زن را تأمین کند.[۱] و حال به خلاصه‌ای از احکام این دو منبع مالی زن نیز آن گونه که در حقوق ایران بیان شده، اشاره می کنیم:

۵- مهر

مهر مقدار مالی است که مرد به هنگام ازدواج با زن به او می‌دهد. طبق ماده ۱۰۷۸ قانون مدنی: «هر چیزی را که مالیت داشته و قابل تملّك نیز باشد، می توان مهر قرار داد.» ماده ۱۰۸۰ مقرر می‌دارد: «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است.» و طبق ماده ۱۰۸۲: «به مجرد عقد، زن مالك مهر می‌شود و می تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.»

مالی که به عنوان مهریه زن قرار می گیرد، اگر عین معین باشد از لحظه عقد در ملك زن در آمده و کلیه منافع آن از هنگام عقد نکاح مال اوست و شوهر باید مال را به او تسلیم نماید و اگر قبل از تسلیم تلف شد یا عیب و نقصی در آن حاصل شد، شوهر ضامن عیب و تلف آن است و باید جبران کند. اگر مالی در ذمه شوهر باشد چنانچه اقساط یا مهلتی برای آن تعیین نشده باشد، هرزمان، زن مطالبه کرد والّا در موعد تعیین شده باید آن مال به زن پرداخت شود و در هر صورت اگر امر به طلاق منجر شد و مهریه به زن داده نشد، طبق قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ (تبصره۳) اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفتر موکول به تأدیه مهریه و دیگر حقوق زوجه می‌باشد، مگر اینکه زوجه مهر خود را بخشیده و یا به تأخیر در پرداخت آن رضایت دهد و یا حکم قطعی بر اعسار شوهر صادر شده باشد.

قانونگذار در جهت حمایت از حقوق زن و رعایت وضع مالی او در سال ۱۳۷۶ تبصره‌ای را به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی الحاق کرد که به موجب آن:

---

۱. ر.ك: علل الشرایع از شیخ صدوق، انتشارات داراحیاء التراث العربی، ص۵۷۰، باب ۳۷۱، روایات ۱ تا ۳.

«چنانچه مهریه زوجه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانك مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند...»[۱]

۶- نفقه

در نظام حقوقی ایران، وظیفه تأمین مخارج خانواده به طور کلی به عهده شوهر است و مکلف است نفقه زن را پرداخت نماید و البته در صورت وجود اولاد، مخارج آنها را نیز تأمین نماید. زن هر چند دارایی داشته باشد و یا دارای شغل بوده و صاحب حقوق و درآمد باشد می تواند آن را برای خود ذخیره کند و به هیچوجه از آن برای مخارج خانواده و حتی مخارج خود استفاده نکند. طبق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است» و ماده ۱۱۰۷ می گوید: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء...» به حکم ماده ۱۱۱۱: «زن می تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد.»

اگر شوهر برای مدتی نفقه زن را نپردازد، شوهر مدیون زوجه است و همواره زن می تواند نفقه ایام گذشته را مطالبه کند و جزء دیون ممتازه محسوب می گردد. طبق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی: «زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور، طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود...»

طبعاً تأمین هزینه فرزندان نیز به عهده پدر است و زن (مادر) با وجود پدر و توانایی او هیچ تکلیفی در دادن مخارج آنها ندارد. طبق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی:

---

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۵۲۸۷-۱۳۷۶/۶/۳.

«نفقه اولاد بر عهده پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او بر انفاق، به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب، در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده مادر است.»

در برخی از نظامهای حقوقی، نه تنها مخارج زن به عهده مرد نیست بلکه زن هم بر حسب توانایی و امکانات خود باید در تأمین مخارج زندگی مشترك همکاری کند و سهمی بپردازد. طبق ماده ۱۶۳ قانون مدنی سوئیس: «هر یك از زن و شوهر بر حسب توانایی و وسع خود باید در تأمین هزینه متناسب خانواده، سهیم باشند...»[1] و قانون مدنی فرانسه[2] نیز در ماده ۲۱۴ به سهم هر یك از زوجین در پرداخت هزینه زندگی خانوادگی اشاره دارد.

۷ـ شرکت در دارایی شوهر یا اخذ اجرت المثل در مورد طلاق

در صورت وقوع طلاق، چنانچه اقدام به طلاق بنا به خواست مرد بوده و مبتنی بر تقصیر زن نباشد به یکی از سه طریق زیر ممکن است زن بخشی از دارایی مرد را تصاحب کند:

الف ـ سهیم شدن در نصف اموالی که شوهر در دوران زوجیت به دست آورده است

بر اساس مصوبه شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۲ دستور العملی از سوی سازمان ثبت اسناد کل کشور به دفاتر ازدواج صادر شد که هنگام وقوع و ثبت ازدواج شرایطی را به عنوان شروط ضمن عقد که عمدتاً برای ملاحظه مصالح زن است به طرفین ابلاغ کنند که اگر پذیرفتند ملزم باشند به مفاد آن عمل نمایند. یکی از این شرایط این است که: اگر شوهر بدون جهت و بدون اینکه تقصیری متوجه زن باشد او را طلاق دهد موظف است نصف دارایی خود را که در زمان زوجیت تحصیل کرده با نظر دادگاه بلاعوض به زن منتقل نماید.

ب ـ اجرت المثل کار زن در خانه شوهر

طبق مقررات ایران، زن، تکلیفی ندارد کارهای خانه را انجام دهد حتی شیر دادن به

---

۱. قانون مدنی سوئیس، مأخذ پیشین.

۲. قانون مدنی فرانسه، مأخذ پیشین.

بچه نیز از وظایف حتمی او نیست و طبق ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی: «مادر مجبور نیست به طفل خود شیر بدهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد.» بنابراین زن می‌تواند در مقابل کارهایی که در خانه شوهر انجام می‌دهد، از شوهر مطالبه اجرت کند مگر اینکه با قصد تبرّع انجام داده باشد یا عرفاً چنین تلقی شود که قصد تبرّع داشته است.

بند الف تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب آبان ماه ۱۳۷۱[1] در این خصوص مقرر می‌دارد:

«... چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرّع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.»

ج- الزام شوهر به دادن وجهی به زن هنگام طلاق (نحله)

در صورتی که مرد، در مقام طلاق زن برآید و وقوع طلاق ناشی از تقصیر و تخلف زن نباشد، مرد مکلف است مبلغی به زن بپردازد. (به غیر از مهریه و نفقه ایام گذشته و نفقه ایام عدّه که مال زن است و باید پرداخت شود.) بند ب ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در این زمینه مقرر می‌دارد:

«... در غیر مورد بند الف با توجه به سنوات زندگی مشترك و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید.»

مبنای شرعی این حکم باید آیه ۲۴۲ سوره بقره باشد که خداوند می‌فرماید: «وللمطلقات متاع بالمعروف حقا علی المتقین» که مشعر بدین معنی است که پویندگان راه تقوی در صورت طلاق دادن همسران خود، مالی و وسیله معاشی به آنها می‌دهند. برخی از مفسرین آن را حمل بر وجوب کرده و به طور مطلق به هنگام طلاق دادن، مرد را مکلف به پرداخت مبلغی به زن می‌دانند (غیر از مهر المتعه اصطلاحی موضوع آیه ۲۳۷ سوره بقره و ماده ۱۱۹۳ قانون مدنی که مخصوص مورد عدم تعیین مهر و طلاق قبل از دخول است) به نظر می‌رسد ماده ۱۶۵ قانون احوال شخصیه کویت مصوب

---

۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱، چاپ روزنامه رسمی، ص ۴۹۱.

۱۹۸۴ از این مبنا پیروی کرده، که می گوید در صورت انحلال نکاح، بعد از دخول، مرد باید به غیر از نفقه ایام عده مبلغی معادل هزینه یك سال را به زن بپردازد. نظیر همین حکم در ماده ۱۸ مکرر قانون احوال شخصیه مصر اصلاحی سال ۱۹۸۵ آمده است با این تفاوت که در قانون مصر مبلغ پرداختی معادل حداقل هزینه دو سال تعیین شده است. عده بیشتری از مفسرین مفاد آیه فوق را حمل بر استحباب کرده و پرداخت این مبلغ اضافی را بر مرد واجب ندانستند. (برای دیدن نظرات تفسیری مختلف ر.ك. **مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن** از شیخ طبرسی، انتشارات دارالمعرفة، ج ۱-۲، ص۶۰۳ و **المیزان فی تفسیر القرآن** از علامه طباطبایی، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ج ۲، ص۲۵۹) به نظر می‌رسد، مجمع تشخیص مصلحت نظام با الهام از مفاد این آیه و در نظر گرفتن جهات مذکور در تبصره ۶ ماده واحده پرداخت این مبلغ را بر زوج هنگام طلاق الزام کرده است. در برخی از قوانین پرداخت چنین وجهی را به عنوان ضرر وارده بر زوجه الزامی نموده‌اند چنانکه ماده ۵۲ قانون خانواده الجزایر (قانون الاسرة) مصوب ۱۹۸۴ چنین حکمی را مقرر می‌دارد. «اذا تبین للقاضی تعسف الزوج فی الطلاق حکم للمطلقة بالتعویض عن الضرر اللاحق بها».

نتیجه

چنانکه در این بررسی کوتاه و بسیار مختصر دیدیم، در نظام حقوقی ایران و طبق مقررات موجود زن در اهلیت تمتع و استیفاء با مرد یکسان است و هیچگونه تفاوتی بین آنها وجود ندارد. تمام طرق و وسایلی که مرد می تواند به منابع مالی دسترسی پیدا کند، قانوناً برای زن وجود دارد و هیچ ممنوعیت و محدودیتی از این حیث برای زن وجود ندارد. بنابر این از لحاظ طرق ارادی دسترسی به منابع مالی و کسب دارایی از حیازت اموال مباحه و انواع معاملات و بستن قرارداد و اشتغال به انواع مشاغل قانوناً تساوی کامل بین زن و مرد برقرار است. تنها محدودیت موجود مربوط می‌شود به اشتغال به شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت زن و شوهر باشد که آن هم چنانکه توضیح دادیم طبق ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده زن و مرد تقریباً از محدودیت یکسان برخوردار هستند.

در مورد منابع مالی نیز هیچگونه محدودیتی برای زن وجود ندارد و همانند مرد می‌تواند از طرق مشروع انواع اموال منقول و غیر منقول از جمله زمین[۱] را تملك كند و از اعتبارات بانكی نیز استفاده نماید.

در خصوص تملك غیر ارادی یعنی تملك از طریق ارث بین زن و مرد تفاوتی وجود دارد و آن اینكه اصولاً زن از سهم الارث نصف سهم الارث مرد برخوردار است ولی توضیح دادیم كه در نظام مالی خانواده، زن طرق دیگری برای تملك مال مانند مهریه و نفقه دارد كه می‌تواند آن كمبود را جبران كند و تعادل را برقرار نماید. به علاوه طبق رسم و سنت موجود دختر به هنگام ازدواج و شروع زندگی مشترك با شوهر مقداری لوازم و اثاث و وسایل زندگی از پدر و یا به طور كلی از خانواده خود دریافت می‌كند كه عنوان جهیزیه بر آن اطلاق می‌شود. دادن جهیزیه از سوی خانواده دختر به او هنگام ازدواج قانوناً الزامی نیست و در مقررات قانونی ذكری از آن به میان نیامده ولی به صورت عرف مسلّم و سنّت تخلّف ناپذیر در آمده است. ❊

---

۱. چون هدف این نوشته بیان وضعیت موجود نظام قانونی در مورد حقوق مالی زن می‌باشد، این نكته را نیز باید یادآوری كرد كه طبق مقررات موجود قانون مدنی در یك مورد برای تملك زن نسبت به زمین محدودیت وجود دارد و آن محروم بودن زن از ارث بردن زمین متعلق به شوهر متوفایش می‌باشد. طبق ماده ۹۴۶ قانون مدنی: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد، لیكن زوجه از اموال ذیل:

۱ـ از اموال منقوله از هر قبیل كه باشد. ۲ـ از ابنیه و اشجار ...»

حكم این ماده مبتنی بر نظر رایج فقهی در فقه امامیه است، برای دیدن نظرات مختلف و نقد حكم ماده فوق رجوع شود به كتاب: بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران از همین نویسنده، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۷۶.

❊. ابتدا متن انگلیسی این مقاله در شماره ۷ مجله فرزانه در پائیز ـ زمستان سال ۱۳۷۴ و سپس متن فارسی آن در شماره ۲۴ مجله قضایی حقوقی دادگستری، پائیز سال ۱۳۷۷ انتشار یافت.

محدودیت آزادی زن در انتخاب همسر در حقوق ایران و فقه اسلامی

مقدمه

نگاهی کلی به حق انتخاب همسر
در اسناد بین‌المللی و برخی قوانین موضوعه

یکی از مسائل قابل توجهی که در زمینه حقوق و آزادیهای زنان مطرح است موضوع حق انتخاب همسر و شریك زندگی است. گفته می‌شود، کرامت و شخصیت زن، به عنوان یك موجود انسانی، همانند مرد، اقتضاء می کند که در حق انتخاب زوج و همسر، همانند مرد، آزادی کامل داشته باشد و در این راه اراده دیگری بر او تحمیل نشود، یعنی نه ناخواسته زوجی را بر او تحمیل نمایند، و نه اراده دیگری مانع تحقق انتخاب همسر برای او بشود، همان سان که برای مرد، قانوناً، این ترتیب وجود دارد. تبعیض و تفاوتی که از این حیث در جوامع مختلف بین زن و مرد وجود داشت و تحمیل‌هایی که در انتخاب همسر بر روی زن اعمال می گردید یا موانع و محدودیت‌هایی که از این حیث در مورد او اجرا می‌شد، مدافعین ارتقاء حقوق زن و طرفداران تساوی حقوق زن و مرد را بر آن داشت که به طرق مختلف این آزادی را برای زنان تثبیت و تساوی آنان را با مردان در این خصوص تأمین نمایند، در نتیجه این حق، جزء قواعد مربوط به رعایت حقوق بشر زنان در اسناد مختلف بین‌المللی حقوق بشر، گنجانده شد.

از این رو در ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، از تساوی حقوق زن و مرد برای انجام ازدواج و تحقق نکاح با رضایت کامل خود زوجین سخن رفته است.

ماده مزبور مقرر می دارد:

«۱ـ هر زن و مرد بالغی حق دارند بدون هیچگونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت و تابعیت یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی می‌باشند.

۲ـ ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد واقع شود.

۳ـ خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره‌مند شود.»

همین مضمون در ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که مقرراتش برای دولتهایی که آن را تصویب کرده‌اند لازم‌الاجرا است، به چشم می‌خورد.[۱] کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز به این موضوع پرداخته و بند ب ماده ۱۶ بر حق مساوی زن و مرد، در انتخاب همسر و انجام ازدواج فقط با اراده و رضایت آزاد و کامل خود آنها، تصریح و تأکید دارد.[۲] سند چهارمین کنفرانس جهانی زن (پکن ۱۹۹۵) در بند ۲۷۴، متعرض این مسأله

---

۱. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید، در آبان ماه سال ۱۳۵۱ در مجلس شورای ملی و در اردیبهشت ماه ۱۳۵۴ در مجلس سنای ایران به تصویب رسید و بدین ترتیب دولت ایران عضو و متعهد به آن است.

ماده ۲۳ میثاق بدین شرح است:

«۱ـ خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد.

۲ـ حق نکاح و تشکیل خانواده برای زنان و مردان از زمانی که به سن ازدواج می‌رسند به رسمیت شناخته می‌شود.

۳ـ هیچ نکاحی بدون رضایت آزادانه و کامل طرفین آن منعقد نمی‌شود.

۴ـ دولتهای طرف این میثاق تدابیر مقتضی به منظور تأمین تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد. در صورت انحلال ازدواج، پیش‌بینی‌هایی برای تأمین حمایت لازم از اطفال به عمل خواهند آورد.»

۲. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ از سوی مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید و تاکنون بیش از ۱۶۰ کشور به آن پیوسته‌اند. ایران هنوز آن را تصویب نکرده است. ماده ۱۶ کنوانسیون که مربوط به تساوی زن و مرد در امور مربوط به زناشویی و خانوادگی است و نسبتاً مفصل است مقرر می‌دارد:

دولتهای عضو باید کلیه اقدامات مناسب را جهت محو تبعیض علیه زنان در کلیه امور مربوط به ازدواج و روابط خانوادگی انجام دهند و مخصوصاً بر مبنای تساوی زن و مرد، امور زیر را تضمین نمایند:

الف: حق مساوی برای انعقاد ازدواج

ب: حق انتخاب آزادانه همسر و انعقاد ازدواج فقط با رضایت کامل و آزادانه زوجین.

ر.ک: نظام بین‌المللی حقوق بشر، حسین مهرپور، چاپ تهران، انتشارات اطلاعات، سال ۱۳۷۷، ص ۱۱۷.

شده است و نسبت به تعیین سن متناسب برای ازدواج و لزوم موافقت و اعلام رضایت برای نکاح توصیه نموده است.[۱]

امروزه در قوانین بسیاری از کشورها، سعی شده، محدودیت و ممنوعیت آزاد انتخاب همسر برای پسر و دختر کم شود و ازدواج آنها بدون نظر خود و با تحمیل نظر اولیائشان، به رسمیت شناخته نشود و از سوی دیگر، ممانعت و عدم اجازه آنها نیز، مانع ازدواجشان نگردد و زن و مرد، ناگزیر نباشند برای ازدواج با همسر مورد نظر خود، موافقت دیگری را نیز جلب نمایند. البته در بعضی موارد برخی مقررات محدود کننده که در واقع جنبه حمایتی دارند وجود دارد.

در اکثر قوانین کشورها حتی بسیاری از کشورهای اسلامی، ازدواج پسر و دختر، قبل از رسیدن به سن بلوغ یعنی سن قابلیت نکاح ممنوع است و بنابراین نکاح در سنی که هنوز فرد قابلیت نکاح ندارد و نمی تواند تشخیص دهد و در نتیجه تصمیم گیری در این مورد باید با دیگری (ولی) باشد، اصولاً ممنوع گردیده است؛ به‌عنوان مثال می توان به قانون احوال شخصیه کویت مصوب سال ۱۹۸۰ اشاره کرد که باوجود تقید به انطباق آن با موازین فقهی در ماده ۲۳ برای اهلیت ازدواج بلوغ را شرط می داند: «یشترط فی اهلیة الزواج العقل و البلوغ» و در توضیح و تبیین آن می گوید: جمهور فقهاو از جمله ائمه چهارگانه مذاهب اهل سنت بلوغ را شرط صحت ازدواج ندانسته و ازدواج نابالغ را بوسیله ولی صحیح می دانند ولی سه تن از فقها بنامهای عبدالرحمن بن شبر، و عثمان بتی و اصم برخلاف قول جمهور رفته و ازدواج صغار را باطل دانسته اند و استدلالشان این است که آیه: «و ابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح

---

۱. چهارمین کنفرانس جهانی زن در سپتامبر ۱۹۹۵ (شهریور ماه ۱۳۷۴) از سوی سازمان ملل متحد در پکن برگزار شد و در پایان اجلاس، سند مفصلی تصویب ومنتشر شد که به نام: برنامه کار (یا چهارچوب کار) و اعلامیه پکن (Platform for Action and the Beijing Declaration) معروف شد و ضمن ارائه راهکارها، تکالیفی را به دوش دولتها درجهت تحقق تساوی حقوق زنان با مردان و رفع تبعیض از آنان گذاشته است؛ در قسمت هـ بند ۲۷۴، دولتها به وضع و اجرای دقیق قوانینی که تضمین کند ازدواج تنها با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد انجام می گیرد و نیز تعیین حداقل سن قانونی متناسب برای ازدواج و اعلام رضایت مکلف شده‌اند. برای اطلاع بیشتر درمورد سند پکن ر.ک. حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، سال ۱۳۷۴، ص ۲۸۷ به بعد.

فان آنستم منهم رشدا فادفعوا الیهم اموالهم» (نساء / ۶) دلالت می کند که رسیدن به سن ازدواج علامت پایان دوران صغر است و اگر ازدواج در سن کودکی صحیح بود آن را نهایت دوران صغر قرار دادن بی معنی بود. و بعلاوه ازدواج برای خیر جامعه و سعادت افراد و آرامش خاطر و تناسل تشریع شده است و هیچکدام از اینها در ازدواج صغیر محقق نمی شود پس فایده‌ای در آن نیست. و بهرحال قانونگذار نیز به‌لحاظ اهمیت عقد ازدواج و تحول زمان و اقتضای مصالح جامعه و اینکه اگر امر مباح زیانهایی درپی داشته باشد ولی امر جامعه و حاکم می تواند طبق نظر اهل علم و دین آن را مقید و محدود کند، بلوغ را شرط اهلیت ازدواج قرار داد.[1]

و اما در اکثر قریب به اتفاق قوانین سن مجاز نکاح برای دختر زودتر از پسر است و از آنجا که سن بلوغ و رشد قانونی در این قوانین برای پسر و دختر یکی است بنابراین ممکن است دختری که هنوز به سن قانونی رشد نرسیده مجاز به ازدواج باشد و چون از لحاظ قانونی صغیر محسوب می شود، ازدواج او نیاز به موافقت و اجازه ولی داشته و از این رو عملاً تفاوتی بین دختر و پسر در مورد تصمیم گیری برای ازدواج ملاحظه گردد. مثلاً در حالی که ماده ۳۸۸ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی سال ۱۹۷۴) پسر یا دختر کمتر از ۱۸ سال را صغیر محسوب می نماید.[2] ماده ۱۴۴ سن قانونی ازدواج را برای پسر ۱۸ سال تمام و برای دختر ۱۵ سال تمام ذکر می کند و ماده ۱۴۸، ازدواج صغار را بدون اجازه پدر و مادر جایز نمی‌داند، بنابراین دختر ۱۵ ساله که وفق ماده ۱۴۴ حق ازدواج دارد، چون صغیر محسوب است، مکلف است اجازه پدر و مادر را برای ازدواج بگیرد. و یا مثلاً قانون مدنی سوئیس، سن قانونی بلوغ را ۲۰ سال تمام می‌داند[3] (ماده ۱۴) ولی سن ازدواج طبق ماده ۹۶ برای پسر ۲۰ سال تمام و برای دختر ۱۸ سال تمام است. و وفق ماده ۹۸، صغیر بدون موافقت پدر و

---

۱. ر.ک: قانون الاحوال الشخصية، کویت، چاپ دولتی کویت، ص ۱۰ و ۱۴۹.

۲. قانون مدنی فرانسه (Code Civil) چاپ دالوز ۹۶-۱۹۹۵ ماده ۳۸۸ می گوید: صغیر: پسر یا دختری است که هنوز، ۱۸ سال تمام ندارد. یادآوری می گردد که قبل از اصلاحیه سال ۱۹۷۴ سن رشد طبق قانون مدنی فرانسه ۲۱ سال تمام بود که در سال ۱۹۷۴ به‌صورت فوق اصلاح شد و طبق قانون مورخ ۵ ژوئیه ۱۹۷۴ مقرر شد که هرجا در قوانین برای اهلیت اعمال حق مدنی سن ۲۱ سال لازم دانسته شده، سن ۱۸ سال جای آن قرار گیرد. مجموعه مذکور، ص ۳۴۱.

۳. قانون مدنی سوئیس (Code Civil Suisse) چاپ سوئیس، اول ژوئیه ۱۹۸۸.

مادر یا قیم خود نمی‌تواند ازدواج کند و بنابراین دختر ۱۸ ساله برای ازدواج باید رضایت والدین خود را کسب کند چون صغیر محسوب است. غیر از این امر، تفاوت قانونی دیگری در اقدام برای ازدواج بین پسر و دختر در این نوع قوانین دیده نمی‌شود.

وضعیت موضوع در حقوق ایران

در حقوق ایران به تصریح ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی، رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و بنابراین نه در مورد پسر و نه دختر نمی‌توان بدون نظر و رضای آنها، در مورد ازدواجشان اقدام کرد و تصمیم گرفت. سن مجاز برای ازدواج در هر یك از پسر و دختر، طبق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، سن بلوغ است (قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ سن ازدواج برای پسر ۱۸ سال تمام و برای دختر ۱۵ سال تمام و سن رشد و بلوغ قانونی برای هر دو ۱۸ سال تمام بود.) البته سن بلوغ در هریك از پسر و دختر متفاوت است و طبق تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ سن بلوغ در دختر ۹ سال تمام قمری و در پسر ۱۵ سال تمام قمری است. ولی به‌هر حال، هریك از آنها که به سن بلوغ رسیدند، قدر مسلم، رضای آنها برای ازدواج شرط است و هیچکس از جمله، ولی نمی‌تواند در مورد ازدواج آنان یك طرفه تصمیم بگیرد. (جز در مورد جنون که اگر متصل به صغر باشد ولی و اگر متصل به صغر نباشد، قیم در صورت مصلحت می‌تواند نسبت به تزویج مجنون اقدام کند).

البته طبق تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، ولی، می‌تواند اقدام به تزویج طفل نابالغ اعم از پسر و دختر بنماید با رعایت مصلحت او. که این امر خود جای بحث جداگانه دارد ولی چون بین پسر و دختر تفاوتی نیست مستقیماً مورد بحث ما نمی‌باشد.

در خصوص محدودیت و موانع انتخاب آزاد همسر، طبعاً برخی محدودیتها و موانع قانونی برای هریك از زن و مرد وجود دارد ولی سه مورد را می‌توان به عنوان مواردی که در انتخاب آزاد همسر بین زن و مرد تفاوت وجود دارد و درواقع، قانون زن را محدود نموده درحالی که مرد، چنین محدودیتی ندارد و از آزادی بیشتری برخوردار است، مطرح نمود؛ این موارد عبارتند از:

۱ـ لزوم اجازه ولی برای ازدواج دختر

۲ـ ممنوعیت ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان

۳ـ محدودیت ازدواج زن ایرانی با مرد غیر ایرانی

در مورد اول، دختر ولو اینکه بالغ و رشید باشد در ازدواج با همسرِ منتخب خود، مستقل نیست و باید رضایت و اجازه پدر یا جد پدری را نیز داشته باشد، برخلاف پسر که چنین محدودیتی ندارد.

در شق دوم، شرع و قانون این ممنوعیت را وضع کرده است درحالی که در مورد مرد تا حدی وضع متفاوت است و این ممنوعیت مطلق وجود ندارد.

و در مورد سوم، به‌طور اطلاق، اجازه خاص دولت برای ازدواج هر زن ایرانی با غیر ایرانی لازم است در حالی که در مورد مرد با اینکه پیش‌بینی برقراری محدودیت شده ولی کلیت و اطلاق محدودیت زن را ندارد.

در این گفتار سعی داریم وضعیت هریك از این سه مورد را تشریح و مورد نقد و بررسی قرار دهیم:

بخش اول: لزوم اجازه ولی برای ازدواج دختر

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی (اصلاحی سال ۱۳۷۰) مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...».

قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ نیز که سن رشد قانونی برای هریك از پسر و دختر ۱۸ سال تمام بود، همین حکم در مورد دختر جاری بود و ماده مزبور مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه به سن ۱۸ سال تمام رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است...».

مبنا و مستند حکم ماده ۱۰۴۳ ـ این حکم در فقه اسلامی سابقه دارد، بسیاری از فقهای اهل سنت و به تبع آن قوانین کشورهای اسلامی و برخی از فقهای امامیه، این محدودیت را برای دختر قائل شده‌اند، مبنای نظر فقهی نیز علاوه بر برخی روایات منقوله از

معصومین علیهم‌السلام به دو امر برمی گردد یکی ادامه ولایت پدر بر دختر در مورد نکاح و دیگری رعایت مصلحت دختر با این باور که وی نمی تواند صلاح خود را در این امر خطیر تشخیص دهد و ممکن است گرفتار عواقب سوء تصمیم خود شود.

مبحث اول: نظریات فقهی

الف ـ نظر فقیهان اهل سنت

فقهای مذاهب سه گانه اهل سنت یعنی شافعی، حنبلی و مالکی عموماً ولایت پدر را بر دختر باکره ولو به سن بلوغ و رشد رسیده باشد ثابت می‌دانند و بر این امر به دو جهت استناد می کنند: یکی اینکه اصولاً زن نمی تواند عهده‌دار عقد نکاح شود چرا که در قرآن کریم انشاء عقد نکاح به مرد نسبت داده شده است مثل آیات: «و انکحوا الایامی منکم و الصالحین من عبادکم و امائکم...» (نور / ۳۲) «و لاتنکحوا المشرکین حتی یؤمنوا...» (بقره/ ۲۲۱) می گویند انکاح عبارت از انشاء عقد نکاح است و این عقد به‌خاطر اهمیتی که دارد، زنان نمی توانند عهده‌دار آن بشوند و به‌علاوه روایاتی از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که نکاح زن بدون اذن ولی را باطل دانسته‌اند مانند این روایت: «ایّما امرأة انکحت نفسها بغیر اذن ولیها فنکاحها باطل باطل، باطل[۱] ...» یعنی هر زنی که بدون اذن ولی‌اش خود را به عقد ازدواج مردی در آورد، نکاح او باطل است، باطل است، باطل است.

ب ـ دیدگاه مشترک فقیهان سنی و شیعه در مورد مصلحت دختر

جهت دوم در نظر گرفتن مصلحت دختر است بدین توجیه که دختر و به‌طور کلی زن آن گونه که باید مرد را نمی‌شناسد زیرا زنان یا ملازم خانه‌اند و در پس چادر و روپوش پنهان و از عالم خارج کم خبرند و یا اگر در اجتماع رفت‌وآمد و با مردان حشر و نشر دارند، تحت تأثیر احساسات‌اند و به رمز و رازهای پنهان زندگی ناآشنایند و با احساسات تصمیم می گیرند بنابراین مصلحت آنان ایجاب می کند که ولی آنها در اختیار شوهر مشارکت داشته باشد که بدون قرار گرفتن تحت تأثیر امور ظاهری، موضوع را بسنجد و بررسی کند و

---

۱. به‌نقل مسالک‌الافهام، شهید ثانی، ج ۷، ص ۱۲۹ از سنن سعیدبن منصور، ج ۱، ص ۱۴۸ و سنن دارقطنی، ج ۳، ص ۲۲۱.

تصمیم گیری نماید. به‌علاوه چون ازدواج در واقع برقراری رابطه بین دو خانواده است، ننگ و افتخار آن به ولی زن سرایت می کند و به هر حال او ذی نفع است. و مسأله ازدواج مانند مال وعقود مالی نیست که طبعاً اهمیت کمتری دارد و تبعات آن سبك‌تر است بنابر این نمی‌توان گفت چون دختر بالغ رشید در مال و عقود مالی مستقل است در نکاح نیز باید مستقل و صاحب اختیار باشد.[1]

در بین فقهای شیعه نیز برخی فقیهان که لزوم اجازه ولی را شرط دانسته‌اند علاوه‌بر استناد به بعضی روایات که ظهور در این امر دارد به همین مسأله مصلحت دختر واهمیت نکاح و تفاوت بین عقود مالی وعقد نکاح اشاره کردند. به نقل شهید ثانی در مسالك، طرفداران این نظر گفته‌اند: تفاوت زیادی بین نکاح و عقود دیگر وجود دارد زیرا زنان بخصوص دختران باکره از ویژگی‌های مردان اطلاع کمی دارند و زیان ناشی از نکاح نامناسب و زیانبار برای زن جبران‌پذیر نیست و چون اصولاً پایه رأی و اندیشه زنان سست و نادرست و تربیتشان فاقد اساس صحیح است نمی‌توان اختیار را در این امر خطیر به آنها داد و قیاس نکاح به امور مالی که زیانش اندك و جبرانش امکان‌پذیر است صحیح نیست.[2]

ج- طرفداری ابوحنیفه از استقلال دختر در نکاح

به‌هر حال در بین فقهاء و بزرگان مذاهب اهل سنت، ابوحنیفه و شاگرد او ابویوسف از نظر جمهور روی گردانده و نظر داده‌اند که دختر بالغه کامله می‌تواند بدون اجازه ولی مستقلاً، اقدام به ازدواج کرده و خود انشاء عقد نماید، هر چند مستحب است ولی، عهده‌دار این امر گردد و بر نظر خود بدین گونه استقلال کرده‌اند که اولاً به استناد آیاتی از قرآن کریم چون: «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره...»[3] (بقره / ۲۳۰) و: «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ینکحن ازواجهن»[4] (بقره/ ۲۳۲) عقد ازدواج به زن نسبت داده شده و بنا بر این خود زن می‌تواند عهده‌دار عقد بشود و به برخی روایات نیز

---

۱. ر.ك: الاحوال الشخصية، چاپ مصر، محمد ابوزهره، ص ۱۲۹.

۲. مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، پیشین، ص ۱۲۹.

۳. یعنی: «...اگر مرد، بعد از دو طلاق، زن را طلاق داد، دیگر، زن بر او حلال نیست تا اینکه شوهر دیگری اختیار کند...».

۴. و هر گاه زنان را طلاق دادید و زمان عده آنها به پایان رسید، نباید آنها را از ازدواج با شوهران مورد توافق خود منع نمایید.

استناد کرده که حاکی از آن است که دختر یا زن می تواند مستقلاً بدون اذن ولی مباشرت در عقد داشته باشد. از جمله حدیث منقول از پیامبر اکرم(ص) که فرمود: «زن بی‌شوهر برای تصمیم در امر ازدواج محق تر از ولی خود می‌باشد.»[۱] (ایم یعنی کسی که شوهر ندارد خواه باکره باشد یا ثیّبه) به‌علاوه برای اثبات استقلال دختر در امر ازدواج به دلایل دیگر مبتنی بر قیاس متوسل شده از جمله اینکه: ۱ـ دختر بالغه می تواند در امور مالی خود مستقل باشد و دخالت ولی لازم نیست و فرقی بین این دو امر وجود ندارد، زیرا آنچه موجب تجویز تصرف مالی به دختر شده همانا رشد و کامل شدن عقل اوست که در امر ازدواج همین امر می تواند مجوز باشد. ۲ـ همانگونه که پسر بالغ و عاقل در امر ازدواج مستقل است وقتی دختر از همین بلوغ و عقل برخوردار بود باید این صلاحیت را داشته باشد. ۳ـ هنگامی، کسی تحت ولایت دیگری قرار می گیرد که به خاطر ناتوانی و نارسایی عقلی در ادراك امور نیاز به ولی داشته باشد و وقتی که از عقل کامل برخوردار بود نیازی نیست که تحت ولایت دیگری قرار گیرد، بنابراین موردی برای برقراری ولایت نیست.[۲] البته به‌نظر ابوحنیفه اگر دختری بدون اجازه ولی خود مبادرت به عقد ازدواج کرد درصورتی که مهریه‌اش کمتر از مهرالمثل بود یا با مردی که کفو و هم‌شأن او نبود ازدواج کرد، ولی، حق دارد اعتراض نموده و عقد نکاح را فسخ نماید.[۳]

د ـ نظر فقهای شیعه در مورد اختیار دختر در امر ازدواج

از نظر فقهای شیعه با تتبع در کتابهای فقهی و مخصوصاً با تجزیه و تحلیل و استقصایی که شهید ثانی در کتاب مسالك انجام داده، به‌نظر می‌رسد از لحاظ فتوایی بیشتر فقیهان نظر به استقلال دختر در امر ازدواج همانند استقلال او در امور مالی دارند. به گفته شهید ثانی جمیع متأخرین (باتوجه به زمان شهید ثانی که قرن دهم هجری است) و عده‌ای از قدما چون شیخ طوسی در کتاب تبیان و سید مرتضی و ابن جنید و شیخ مفید در کتاب **احکام‌النساء** و سلار و ابن ادریس معتقد به استقلال دختر در امر نکاح هستند. فقیهانی چون

---

۱. الايّم احق بنفسها من وليها.

۲و۳. محمد ابوزهره، پیشین، صص ۱۲۸ و ۱۳۰.

شهید اول، علامه حلی، فخر المحققین، محقق صاحب شرایع، محقق کرکی صاحب جامع المقاصد و خود شهید ثانی که به تعبیر شهید از متأخرین محسوب‌اند بر این نظر می‌باشند و در دوره بعد از شهید ثانی نیز فقیه صاحب نامی چون صاحب جواهر بر این عقیده است. به نقل شهید ثانی برخی از قدما چون شیخ طوسی در کتاب نهایه و صدوق و برخی دیگر استمرار ولایت ولی را بر دختر در امر نکاح قائل بوده‌اند، و بعضی هم چون ابو الصلاح حلبی در کتاب: الکافی فی الفقه و مفید در مقنعه قائل به تشریك در ولایت بین دختر و ولی هستند، بدین معنی که اجازه و اذن ولی را در ازدواج دختر لازم می‌دانند.[1] چنانکه بعداً خواهیم دید بسیاری از فقیهان معاصر نیز این راه میانه و قول سوم را برگزیده‌اند و قانون مدنی هم از همین مشی پیروی کرده است.

۱ـ طرفداران استقلال دختر و دلایل آنها

طرفداران قول اول به آیاتی از قرآن که به‌طور مطلق امر نکاح را مستند به خود زنان نموده و منع آنان را از نکاح تقبیح کرده استناد کرده‌اند، مثل آیات: «...فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره...» (بقره/ ۲۳۰) «فلا تعضلوهن ان ینکحن ازواجهن...» (بقره/ ۲۳۲) «...فلا جناح علیکم فی ما فعلن فی انفسهن بالمعروف...» (بقره/ ۲۳۴) و به روایاتی هم استناد کرده‌اند که گویاترین آنها روایت منقول از پیامبر اکرم(ص) از طریق ابن‌عباس است.

روایت ابن عباس بدین صورت است: «ان جاریة بکراً جائت الی النبی(ص) فقالت: ان ابی زوجنی من ابن اخ له لیرفع خسیسته و انا له کارهة فقال صلی الله علیه و آله و سلم: اجیزی ما صنع ابوك، فقالت: لا رغبة لی فیما صنع ابی، قال: فاذهبی فانکحی من شئت، فقالت: لا رغبة لی فی غیر ماصنع ابی ولکن اردت ان اعلم النساء ان لیس للاباء فی امور بناتهم شییء» یعنی دختر باکره‌ای نزد پیامبر(ص) آمد و گفت پدرم مرا به عقد ازدواج برادرزاده‌اش درآورده برای اینکه خود را از پستی و حقارت بالا برد در حالی که من از این امر ناخشنود

---

۱. ر.ك: مسالك الافهام، پیشین، صص ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۳۹.

بودم، پیامبر (ص) فرمود: آنچه را پدرت انجام داده تنفیذ کن، دختر گفت تمایلی به کاری که پدرم انجام داده ندارم، پیامبر (ص) فرمود: برو با هر کس خواهی ازدواج کن، در این حال دختر گفت به غیر از کاری که پدرم انجام داده تمایلی ندارم ولی خواستم به زنها برسانم که پدران، اختیاردار دخترانشان نیستند. این روایت در بسیاری از کتب حدیث اهل سنت چون سنن ابن ماجه و بیهقی و نسائی نقل شده و فقهای شیعه در مواردی آن را نقل کرده و به آن استناد نموده‌اند و به گفته شهید ثانی اگر سند این روایت صحیح باشد روشن ترین دلیل در این زمینه می‌باشد زیرا صریحاً استقلال دختر را در امر نکاح می‌رساند.[1]

روایت روشن و صریح دیگری که بر این امر دلالت می‌نماید، روایت سعدان بن مسلم از امام صادق(ع) است که فرمود: «لا بأس بتزویج البکر اذا رضیت من غیر اذن ولیها» یعنی اشکالی نیست که دختر باکره در صورت داشتن رضایت و تمایل بدون اذن ولی خود ازدواج نماید.

روایت دیگر توسط زراره از امام باقر(ع) نقل شده که فرمود: «اذا کانت المرأة مالکة امرها تبیع و تشتری و تعتق و تشهد و تعطی من مالها ما شائت فان امرها جائز تزوج ان شائت بغیر اذن ولیها و ان لم تکن کذالك فلایجوز تزویجها الا بامر ولیها.» یعنی اگر زن اختیاردار خود بوده می‌تواند خرید و فروش کند، بنده آزاد نماید و شهادت بدهد و می‌تواند هر مقدار از مالش را بخواهد بخشش نماید، عملش نافذ و جاری است و اگر بخواهد بدون اذن ولی‌اش تزویج می‌کند ولی اگر چنین نباشد، ازدواج بدون اذن ولی جایز نیست.

روایت دیگر، روایت معروف به حسنه فضلاء است که سه نفر از روات از امام باقر (ع) نقل کردند که فرمود: «المرأة التی ملکت نفسها غیر السفیهة و لا المولی علیها ان تزویجها

---

۱. ر.ك: **مسالك الافهام**، پیشین ص ۱۲۳.

شگفت‌آور است که این روایت به این صراحت و وضوح در بسیاری از کتب حدیث و فقه اهل سنت نقل شده وعلی‌الاصول بر آن خدشه‌ای هم وارد نکرده‌اند، معذلك جمهور فقهای اهل سنت استقلال دختر باکره بالغه را به رسمیت نمی‌شناسد و بلکه ولایت اجبار پدر را بر او قائلند یعنی پدر می‌تواند بدون موافقت و جلب نظر دختر او را تزویج کند، برای نمونه ر.ك: عبدالرحمن الجزیری، **الفقه علی المذاهب الاربعة**، ج ۴، ص ۲۹ به بعد، **الفقه‌الاسلامی و ادلته**، وهبه زحیلی، ج ۷، ص ۱۸۷ به بعد.

بغیر ولی جائز...»[1] یعنی زنی که اختیارش دست خودش هست، سفیه نیست و تحت ولایت هم قرار ندارد، ازدواجش بدون ولی (بدون اذن ولی) جایز است.

دو دلیل دیگر نیز مورد استناد این گروه قرار گرفته که یکی اجماع است. به نقل سید مرتضی در کتاب الناصریات این امر یعنی استقلال دختر رشید در امر نکاح مورد اجماع فقهای امامیه است[2] و دلیل دیگر، اصل عدم اشتراط اذن ولی در صحت عقد است زیرا فرض این است که دختر به حد بلوغ و رشد رسیده، بنابراین ملاك جواز تصرف در امور وجود دارد و تخصیص این جواز تصرف به امور مالی ومنع آن درمورد نکاح، حرفی بدون دلیل و تحکم است، همان‌گونه که ولایت بر امور مالی از بین رفته، ولایت درامر نکاح نیز ساقط شده است، زیرا برای زوال ولایت جز بلوغ و رشد، چیز دیگری شرط نیست.[3]

۲ـ دلایل طرفداران ولایت ولی بر دختر در امر نکاح

طرفداران نظر دوم یعنی عدم استقلال دختر در امر ازدواج نیز دلایلی برای نظر خود اقامه کرده‌اند که عبارتند از: روایات، اصل استصحاب و مصلحت، که به اختصار اشاره‌ای به دلایل سه‌گانه آنها می نماییم:

الف ـ روایات

این گروه به تعدادی روایات که ظهور در لزوم اخذ اجازه ولی و یا حتی وقوع ازدواج توسط ولی بدون خواست دختر باکره دارد استناد کرده‌اند، از جملهٔ آنها روایت ابن ابی

---

۱. برای ملاحظه روایات سه‌گانه منقول در متن ر.ك: مسالك الافهام، پیشین و وسائل الشیعه، ج ۱۴، صص ۲۰۱، ۲۱۴ و ۲۱۵ باب ۲ و ۹ از کتاب نکاح.

۲. الناصریات، سید مرتضی، از مجموعه الجوامع الفقهیه، ص ۲۱۰ راجع به حضور شاهد و نیز استقلال دختر بالغ در امر ازدواج بحث می کند و می گوید: اصحاب ما شهادت را در نکاح، شرط نمی‌دانند و اجماع بر آن قائم است. در مورد ولایت، بر نکاح نیز می گوید: به‌نظر فقهای ما زن عاقل بالغ از تحت ولایت خارج می‌شود حق دارد خود اقدام به تزویج نماید یا کسی را وکیل قرار دهد:

«فعندنا ان المرأة العاقلة البالغة تزول عنها الولایة فی نفسها و لها ان تزوج نفسها و ان توکل من یزوجها.» و آنگاه می گوید: دلیل بر اینکه زن می تواند خود اقدام به تزویج نماید علاوه بر اجماع؛ فرموده خداوند در قرآن کریم است با این بیان: «...فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره...» در این آیه عقد نکاح به زن نسبت داده شده (نه مثلاً به ولی زن).

۳. مسالك الافهام، پیشین، ص ۱۲۲.

یعفور از امام صادق (ع) است که فرمود: «لا تزوج ذوات الاباء من الابکار الا باذن ابیها»[۱] یعنی دختران باکره دارای پدر بدون اجازه پدرانشان ازدواج نمی کنند. در بعضی از نقل‌ها به جای کلمه: «لاتزوج» عبارت: «لاتنکح» آمده است که به یك معنی است شهید ثانی می گوید: این روایت، خبری است ولی به معنای نهی است و به هر حال تحریم را می‌رساند.[۲]

روایت دیگر، روایتی است که از طریق اهل سنت از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که فرمود: «لانکاح الابولی»[۳] یعنی نکاح جز به‌وسیله ولی واقع نمی‌شود.

روایت دیگر از امام موسی بن جعفر(ع) (اباالحسن) نقل شده که فرمود: دختر باکره با وجود داشتن پدر ولو به حد بلوغ رسیده باشد اختیاری ندارد و وقتی از حالت بکارت درآمد و ثیب شد، اختیارش با خودش می‌باشد: «سالت، اباالحسن(ع) عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابیها امر فقال: لیس لها مع ابیها امر مالم تثیب.»[۴]

برخی روایات دیگر نیز به همین مضمون از امام صادق و امام باقر (ع) نقل شده است.

ب ـ اصل استصحاب

استدلال دیگری که طرفداران قول دوم کرده‌اند استصحاب ولایت ولی بر دختر وعدم استقلال او در امر نکاح می‌باشد، در این خصوص گفته شده ولایت پدر بر دختر قبل از رسیدن به سن بلوغ ثابت و مسلم است و این ولایت همچنان ادامه دارد تا وقتی با دلیل متقن امری که زوال ولایت را برساند ثابت شود. با رسیدن دختر به سن بلوغ هرچند از لحاظ امور مالی و تصرفات دیگر ولایت بر او برداشته شده ولی در خصوص امر نکاح با وجود روایات و دلایل گوناگون مبنی بر اختیار نداشتن دختر در امر نکاح و بودن اختیار در دست ولی، در زمینه از بین رفتن ولایت در نکاح بر دختر تردید حاصل است و لذا ولایت ولی بر او استصحاب می‌شود[۵].

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۰۸، باب ۶ از ابواب نکاح.

۲. مسالك الافهام، پیشین، ص ۱۳۰.

۳. مسالك الافهام، پیشین، ص ۱۲۹، به نقل از کتب مختلف اهل سنت

۴. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۰۸.

۵. مسالك، پیشین، ص ۱۳۲.

ج- مصلحت

همان گونه که در بیان نظر فقهای اهل سنت بیان شد از نظر این دسته از فقیهان شیعه نیز مصلحت و رعایت منفعت خود دختر و خانواده‌اش، ایجاب می کند که اختیار نکاح او در دست ولی باشد زیرا خود دختر برای تشخیص خوب و بد مردان نظرش قاصر است و بنابراین برای دفع ضرر از او و خانواده‌اش باید نظر ولی را ملاك قرار داد. شهید ثانی در مسالك در بیان این استدلال می گوید: «الثالث: الاعتبار، فان فی سلبها الولایة لحکمة واضحة، لقصور رأی المرأة، خصوصاً فی معرفة الصالح من الرجال، فلولا کان نکاحها منوطا بنظر الاب لزم الضرر علیها و علی اهلها غالبا»[1] یعنی وجه و دلیل سوم برای عدم استقلال دختر و ولایت پدر در امر نکاح، رعایت مصلحت و منفعت است، زیرا در سلب ولایت از دختر، حکمت و فلسفه روشنی وجود دارد زیرا نظر زن مخصوصاً در شناخت مردان صالح قاصر است و بنابراین اگر نکاحش منوط و متوقف به نظر پدر نباشد، غالباً هم بر خود و هم بر خانواده‌اش ضرر وارد می شود.

چنانکه ملاحظه می شود این دسته از فقهاء نه تنها برای دختر استقلالی در تصمیم گیری در امر نکاح قائل نیستند بلکه دختر باکره را با وجود رسیدن به سن بلوغ و رشد از لحاظ تصمیم و اقدام در امر ازدواج تحت ولایت پدر دانسته و اقدام پدر را ولو بر خلاف نظر دختر نافذ می دانند چنانکه شیخ طوسی در کتاب نهایه به صراحت می گوید:

«اگر پدر، دختر باکره خود را که به حد بلوغ رسیده بدون اذن گرفتن از او، تزویج کرد، این عقد نافذ است و دختر را نمی‌رسد که با این اقدام پدر مخالفت نماید و اگر هم ازدواج را قبول نکرد و نارضایتی خود را ابراز داشت به مخالفت او توجهی نمی‌شود.»[2]

شیخ یوسف بحرانی صاحب کتاب حدائق نیز از این نظر پیروی کرده و استمرار ولایت ولی بر دختر در امر نکاح را به‌عنوان نظر مختار خویش اعلام کرده است.[3]

---

۱. مسالك، پیشین، همان صفحه.

۲. النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، شیخ طوسی، صص ۴۶۵ - ۴۶۴: «فان عقد الاب علی بکر قد بلغت مبلغ النساء من غیر استیذان لها مضی العقد، ولم یکن لها خلافه وان ابت التزویج واظهرت کراهیة لم یلتفت الی کراهیتها...»

۳. الحدائق الناضرة، شیخ یوسف البحرانی، ج ۲۳، ص ۲۱۱ در مقام شمردن اقوال مختلف می گوید: «احدها وهو المختار استمرار الولایة علیها مطلقا.»

ولی اکثریت فقهای شیعه از قدما و بخصوص از متأخرین چون شیخ طوسی در کتاب تبیان، سید مرتضی در الناصریات، ابن جنید، سلّار، ابن ادریس، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، محقق صاحب شرایع، محقق کرکی صاحب جامع المقاصد و صاحب جواهر نظر بر استقلال دختر در امر ازدواج دارند.[1]

نقد دلایل طرفداران ادامه ولایت ولی

استدلال این گروه را از آیات و روایات وتوجیهات عقلی ومنطقی برای نظر خود قبلاً بیان کردیم. شهید ثانی در مسالك و صاحب جواهر در کتاب خویش استدلالات طرفداران ادامه ولایت پدر را رد کرده‌اند، درخصوص روایات استنادی گفته‌اند، این روایات عمدتاً از لحاظ سند اعتبار قابل ملاحظه‌ای ندارند و از لحاظ دلالت هم، نمی‌توان گفت صریحاً به ادامه ولایت پدر و ممنوع یا باطل بودن ازدواج دختر بدون اجازه پدر دلالت دارند. صاحب جواهر در این زمینه می گوید:

«...این روایات تمام یا اکثرشان قاصر السند هستند و با ظاهر قرآن مخالفند، صراحتی هم در مخالفت با استقلال دختر باکره بالغه ندارند، زیرا ممکن است مراد از نهی ازدواج دختر باکره بدون اذن پدر، باکره‌ای باشد که هنوز به حد رشد در امر نکاح نرسیده ویا منظور کراهت داشتن خودرأیی دختر واستحباب واگذاری امر به پدر است که اغلب آگاهتر و آشناتر به امور و مصلحت دختر است...»[2]

شهید ثانی در مسالك پا را از این فراتر گذاشته و احتمال استفاده حرمت تکلیفی را از برخی روایات برای ازدواج دختر باکره رشیده بدون اذن پدر داده است ولی بطلان نکاح بدون اذن پدر را رد کرده است. وی می گوید: «ممکن است از

---

۱. ر.ك: تذکرة الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، ص ۷ ـ ۵۸۶، و شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۱۶، و جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۱۲۳، جواهرالکلام، ج ۲۹، صص ۱۸۳ ـ ۱۷۵ و سرائر ابن ادریس، ج ۲، ص ۵۶۱.

۲. جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۰: «و اما النصوص فجمیعها اواکثرها قاصر السند ولا جابر، مخالفة لظاهر الکتاب... غیر صریحة فی المخالفة باعتبار احتمالها الابکار التی لم یحصل لهن رشد فی امر النکاح و ان بلغن بالعدد و رشدن فی حفظ المال او النهی کراهة عن الاستبداد وعدم الطاعة والانقیاد خصوصا الاب الذی هو غالبا انظر لها واعرف بالامور منها وادعی لما یصلحها...»

روایات استفاده حرمت ازدواج دختر بدون اجازه پدر بشود ولی این امر موجب بطلان عقد نکاح نمی‌گردد، زیرا نهی در غیرعبادت دلالت بر فساد نمی‌کند.»[1]

درخصوص استناد به استصحاب ولایت نیز پاسخ داده شده که ولایت پدر بر دختر به لحاظ صغر بوده و با بلوغ و رشد دختر ولایت زایل شده و موجبی برای استصحاب حالت سابقه نیست، زیرا موضوع تغییر کرده است.[2]

درمورد استدلال به مصلحت دختر نیز شهید ثانی پاسخ می‌دهد چنین مصلحتی نمی‌تواند موجب تأسیس این حکم گردد، به‌علاوه اگر قرار بود، رعایت مصلحت دختر ولایت پدر را در امر ازدواج او توجیه کند، می‌بایست در صورت نبودن پدر این اختیار را به دیگر اقربا و سرپرستان داد.[3]

به‌هرحال نظریه ولایت پدر بر دختر بالغه رشیده در امر ازدواج به معنای اختیار نداشتن دختر و صاحب اختیار بودن پدر، در فقه شیعه طرفدار چندانی ندارد، بنا به گفته ابن‌ادریس، شیخ طوسی نیز در کتاب **تبیان** که آخرین کتابهای تألیفی اوست از نظر اولیه‌اش در کتاب **نهایه** برگشته و تصریح کرده که از نظر ما هیچکس، درامر نکاح بر دیگری ولایت ندارد مگر پدر و جد پدری آنهم درمورد باکره غیربالغ[4] و البته در کتاب **مبسوط** نیز تصریح نموده که اگر دختر به حد بلوغ و رشد رسید، هر گونه عقدی را اعم از نکاح و بیع و غیره خود می‌تواند انجام دهد.[5]

شیخ مفید نیز بنا به نقل ابن ادریس در کتابی به نام **احکام‌النساء** گفته است: هرگاه زن دارای عقل کامل و رأی صائب باشد از هرکس دیگر سزاوارتر است برای انعقاد عقد ازدواج برای خود، البته اگر دختر باکره بوده و پدر یا جد پدری داشته باشد، مستحب است که پدر و در نبود او پدربزرگ او را تزویج نماید ولی به‌هرحال اگر دختر بدون اذن پدر با کسی

---

۱. **مسالك الافهام**، پیشین، ص ۱۳۵: «ثم علی تقدیر التحریم لایدل علی فساد العقد ولو فعلته بدون اذنه لان النهی فی غیرالعبادة لایدل علی الفساد...».

۲. **جواهرالکلام**، ج ۲۹، صص ۱۷۵ و ۱۸۰، **مسالك الافهام**، ج ۷، ص ۱۳۸.

۳. **مسالك**، پیشین.

۴. **سرائر**، ابن ادریس، پیشین، ص ۵۶۳.

۵. **المبسوط**، شیخ طوسی، ج ۴، **کتاب النکاح**، ص ۱۶۲.

ازدواج کرد، عقدش نافذ و درست است.[۱] درمجموع قول دوم یعنی نظری که دختر بالغ و رشید را ولو باکره باشد، در امر ازدواج خود مستقل می‌داند و بدون اذن پدر ازدواجش را صحیح محسوب می کند، به‌نظر معقول و منطقی تر و صحیح تر می‌رسد.

۳ـ نظریه تشریک در ولایت

همان‌طور که در ابتدای مقاله اشاره کردیم، نظر سومی در این مورد وجود دارد که معتقد است هیچیك از پدر و دختر استقلال تام و کامل در امر ازدواج ندارند بلکه با رضایت و موافقت هر دو ازدواج صحیح است و به تعبیر دیگر هنگامی که دختر می‌خواهد با مردی ازدواج کند، باید اذن و اجازه پدر نیز گرفته شود. این امر را اصطلاحاً تشریك در ولایت می گویند یعنی دختر و پدر یا جد پدری او مشترکاً اختیار امر ازدواج را در دست دارند. همان‌طور که قبلاً گفتیم از قدمای فقهاء شیخ مفید در کتاب مقنعه و ابوالصلاح حلبی در کتاب الکافی فی‌الفقه بر این راه رفتند، بسیاری از فقهای معاصر نیز بر مبنای احتیاط و نه فتوای قاطع و صریح، همین نظر را دارند، از جمله می‌توان به مرحوم سید محمد کاظم یزدی صاحب کتاب عروةالوثقی، آیت‌الله خوئی، و حضرت امام خمینی، رضوان‌الله علیه و مرحوم آیت‌الله گلپایگانی و آقای فاضل لنکرانی اشاره کرد.[۲]

امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله پس از بیان اقوال مختلف در مورد ولایت پدر و جد پدری نسبت به دختر بالغه باکره می‌فرماید: احوط اذن گرفتن از هر دوست «والاحوط الاستئندان منهما» و آقای خوئی احتیاط واجب را در گرفتن اذن ولی برای تزویج دختر باکره می‌دانند. بعضی هم مانند آیت‌الله صانعی و مرحوم آیت‌الله شاهرودی گرفتن اذن ولی را به‌صورت احتیاط مستحب بیان کرده‌اند.[۳]

---

۱. سرائر، پیشین، ص ۵۶۴: «...ولو عقدت علی نفسها بغیر اذن ابیها لکان العقد ماضیا.»

۲. ر.ك: العروةالوثقی، سیدمحمد کاظم یزدی، کتاب النکاح، ص ۵۲۸، تحریرالوسیله، امام خمینی(ره)، ج ۲، ص ۲۵۴، وسیلةالنجاة، سیدابوالحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۳۵۶، حاشیه وسیله، آیت‌الله گلپایگانی، همان صفحه، جامع المسائل، فاضل لنکرانی، استفتائات، ص ۴۰۷.

۳. توضیح المسائل، آیت‌الله صانعی، ص ۳۹۲، توضیح المسائل، مرحوم آیت‌الله شاهرودی، آقای خوئی با حاشیه ۹ نفر از مراجع چاپ، ۱۳۵۰، ص ۶۳۶.

به‌نظر می‌رسد کسانی هم که فتوی داده‌اند به لزوم اذن و اجازه پدر، مبنای فتوا ایشان همین لزوم احتیاط است و در واقع رعایت حال و مصلحت دختر وخانواده او بیش از دلالت اخبار و روایات وارده در این باب مبنای این نظر فقهیِ مبتنی بر احتیاط فقیهان، بخصوص معاصرین می‌باشد.

قانون مدنی نیز از همین رویه پیروی کرده و اجازه پدر یا جد پدری را برای ازدواج دختر لازم دانسته و ماده ۱۰۴۳ می گوید:

«نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط ودر این صورت دختر می تواند بامعرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید....»

درواقع می توان گفت در مورد محدودیت دختر باکره در انتخاب آزاد همسر و لزوم اجازه پدر در نظر فقهای معاصر و نیز قانون مدنی بیشتر جنبه حمایتی مورد توجه بوده است هرچندرگه‌هایی از نظریه استمرار ولایت پدر و جد پدری نیز وجود دارد، ولی عمدتاً نگرانی ازعواقب ناگوار ناشی از تصمیم نسنجیده و نپخته دختر و احیاناً فریب خوردن او که حداقل در فرهنگ اجتماعی جامعه ما ممکن است غالب باشد آنان را به اتخاذ چنین تصمیمی وادار کرده است.

به یاد دارم هنگام مذاکرات کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۰ که برخی اصلاحات در قانون مدنی صورت می گرفت، همین نگرانی را بعضی نمایندگان ابراز می‌داشتند. اگر مطلب چنین باشد نمی توان اساس این حکم و قانون را تبعیض مضر دانست بلکه جزء اقدامات حمایتی برای رعایت حال دختر و تأمین مصالح او محسوب می‌شود و درواقع نوعی امتیاز برایش محسوب می گردد بخصوص که هم در کلام فقهاء و هم در قانون مدنی پیش‌بینی شده که اگر پدر یا جد پدری بدون علت موجه با ازدواج مخالفت کنند دیگر اجازه واذن آنها لازم نیست و دختر می تواند مستقلاً اقدام نماید یعنی همین که جنبه حمایتی به جنبه اعمال اختیار و ولایت تبدیل شد، دیگر قانون از آن حمایت نکرده و

موافق با اصل به دختر اجازه می‌دهد که مستقلاً ازدواج نماید. البته با پیشرفت اجتماعی زنان و ورود وسیع دختران در جامعه و نتیجتاً باز شدن بسیاری از مسائل و مصالح اجتماعی برای آنان وجود این مصلحت هم برای الزامی کردن اذن و اجازه پدر کم‌رنگ می‌شود، اشتباهات دختران نیز در انتخاب صحیح همسر به همان حدود اشتباه پسران می‌رسد و غالبیت اشتباه و فریب خوردن آنان که موجب وضع این حکم متفاوت شده از بین می‌رود.

مبحث دوم: تحلیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی

سه نظر عمده فقهی را در مورد ازدواج دختر بالغ و باکره نقل کردیم که عبارت بودند از: استقلال کامل دختر در امر ازدواج، ادامه ولایت ولی (پدر و جد پدری) و تشریك در ولایت یعنی لزوم کسب نظر و اجازه و رضایت دختر و ولی در امر ازدواج و گفتیم قانون مدنی در واقع از نظر سوم که نظری میانه و مبتنی بر احتیاط است پیروی نموده است. التبه در کتب فقهی و از جمله در مسالك الافهام شهید ثانی از سه نظر دیگر نیز در این زمینه نام برده شده یکی اینکه در نکاح دائم ولایت پدر و جد پدری بر دختر استمرار دارد و لی در نکاح متعه، دختر مستقل است. شیخ طوسی در کتابهای تهذیب و استبصار[1] خود به این نظر گرایش نشان داده است و نظر دیگر عکس این قول یعنی استمرار و لایت پدر و جدپدری در نکاح متعه و مستقل بودن دختر در نکاح دائم است. این نظر را محقق صاحب شرایع نقل کرده ولی گوینده آن را ذکر نکرده است.[2]

به‌همراه نظرات پنجگانه، نظر دیگری نیز در این زمینه ارائه شده و آن این است که فقط پدر در ازدواج دختر نقش دارد و اجازه او به عنوان ولی لازم است ولی غیر از پدر یعنی جد پدری در این زمینه یعنی نکاح دختر باکره بالغه نقش ندارد و اجازه‌اش شرط نیست و شهید ثانی که اصولاً خود طرفدار استقلال دختر در امر نکاح است و نظریه تشریك در ولایت و لزوم اجازه ولی را نیز رد می کند می گوید اگر قرار باشد از نظریه تشریك در ولایت پیروی شود، این نظریه با اینکه غیر مشهور است متین تر می‌باشد.[3]

---

۱. تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۳۸۱ و الاستبصار، ج ۳، ص ۱۴۵.
۲. مسالك الافهام، ج ۷، ص ۱۲۱.
۳. مسالك الافهام، پیشین، ص ۱۲۲ و ۱۳۹.

به‌هر حال قانون مدنی از نظریه رایج بین فقهای معاصر شیعه که اجازه پدر یا جد پدری را درمورد ازدواج دختر باکره بالغه و رشیده لازم می‌دانند پیروی کرده است که در جهت تکمیل بحث، مفاد ماده ۱۰۴۳ را مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

الف ـ لزوم اجازه ولی در صورت باکره بودن دختر

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی فعلی دقیقاً اصطلاح متداول در کتب فقهی را مورد استفاده قرار داده و باکره بودن دختر را شرط لزوم اخذ اجازه از ولی دانسته است. اصطلاح باکره در مقابل ثیبه است و ثیبه به بیان شهید ثانی در مسالك، دختری است که بکارت او در اثر آمیزش از بین رفته است.[1] چنین دختری برای ازدواج نیازی به اجازه ولی ندارد و می‌تواند مستقلاً اقدام نماید. کسی که در اثر آمیزش، بکارت او از بین نرفته است، باکره محسوب است. زوال بکارت در اثر اعمال طبیعی چون پرش یا وسایل دیگر موجب زوال عنوان بکارت نمی‌شود، درواقع برای زوال عنوان باکره از دختر، آمیزش با مرد و در نتیجه از بین رفتن حجب و حیاء خاص دختری لازم است.[2]

به‌هر حال مقتضای عنوان بکارت در این ماده این است که اگر دختری ازدواج کرده ولی با او آمیزش موجب زوال بکارت صورت نگرفته واز شوهر جدا شده است باز باید برای ازدواج بعدی اجازه ولی را بگیرد.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت:

«نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد، متوقف به اجازه پدر یا جد پدری اوست.»

و در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ چون دیگر سن ۱۸سال، موضوعیت برای رشد نداشت و ملاك سن ازدواج، سن بلوغ تعیین شد، عبارت: «اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد» به: «اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد»، اصلاح شد.

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ عبارت: «دختری که هنوز شوهر نکرده» به «دختر باکره» تبدیل شد، زیرا عبارت قبلی این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری شوهر کرده باشد و

---

۱ و ۲. مسالك الافهام، پیشین، صص ۱۶۴ و ۱۶۵.

قبل از آمیزش و دخول جدا شده باشد، چون عنوان شوهر کردن بر او صدق می کند برای ازدواج بعدی نیازی به اجازه پدر ندارد. درحالی که در این صورت هم اجازه پدر لازم است، برای رفع این شبهه در اصلاحیه عنوان دختره باکره ذکر شد.

اگر بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زایل شده باشد، دیگر برای ازدواج اجازه ولی را لازم ندارد.[۱] زیرا عنوان باکره که مبنای لزوم کسب اجازه پدر بود، وجود ندارد. درعین حال برخی از فقهاء معتقدند وقوع نزدیکی ناشی از نکاح صحیح، موجب سلب عنوان باکره از دختر، و سقوط اجازه ولی می گردد و در غیر این صورت باز هم دختر در حکم باکره[۲] است و باید برای نکاح از ولی خود اجازه بگیرد. دراین خصوص بین قضات محاکم نیز اختلاف نظر بود.

رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور

شعب دادگاه مدنی خاص و دیوانعالی کشور آرای مختلفی صادر کردند. در دو مورد مشابه، دختر و پسری که بدون اجازه پدر عقد نکاح واقع ساخته وعمل زناشویی هم انجام دادند، در اثر شکایت پدر، دادگاه حکم به بطلان نکاح داده بود. دختر و پسر، مجدداً بدون اجازه پدر به عقد یکدیگر درآمدند و باز پدر به دادگاه شکایت نمود و ابطال عقد را خواستار شد. در این مورد یك شعبه دادگاه عقد دوم را به لحاظ اینکه دختر هنگام عقد باکره نبوده است و دیگر اجازه پدر را لازم نداشته است صحیح اعلام کرد، درحالی که شعبه دیگر عقد دوم را نیز به لحاظ اینکه زوال بکارت دختر از طریق نامشروع و بدون وجود عقد صحیح انجام شده است، باطل دانست. این موضوع در هیأت عمومی دیوانعالی کشور مطرح شد و هیأت عمومی در تاریخ ۱۳۶۳/۱/۲۹ رأی ذیل را به عنوان رأی وحدت رویه صادر کرد:

«باتوجه به نظر اکثر فقهاء و بویژه نظر مبارك حضرت امام (مدظله العالی) در حاشیه عروةالوثقی و نظر حضرت آیت‌الله العظمی منتظری که در پرونده منعکس است، و همچنین با عنایت به

---

۱. جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۵؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۵۵.

۲. عروةالوثقی، ص ۷۲۸.

ملاك صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم از نظر این هیأت، صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌شود، بنابراین رأی شعبه نهم مدنی خاص، موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ دایر بر صحت عقد دوم، طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است و این رأی برای محاکم در موارد مشابه به لازم‌الاتباع است.»[1]

باتوجه به حکمتی که در مورد لزوم اجازه پدر نسبت به دختر باکره وجود دارد که یك مسأله عرفی و اجتماعی است، بعید نیست بتوان گفت نفس وجود بکارت موضوعیت ندارد، و دختری که ازدواج کرده و رفت و آمد و روابطی نیز با شوهر داشته است ولی هنوز دخول کامل انجام نشده و اصطلاحاً باکره است، اگر از شوهر جدا شد، برای ازدواج دوم نیاز به اجازه ولی ندارد و می‌تواند مستقلاً مبادرت به عقد نکاح نماید.

ب- سقوط اجازه ولی در صورت ممانعت غیر موجه

ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«... و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

در فقه می‌گویند اگر ولی، دختر را از ازدواج با کسی که کفو اوست منع کند ولایت او ساقط می‌شود و دختر می‌تواند مستقلاً با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود را اصطلاحاً عضل می‌نامند و اتفاق دارند که در صورت عضل اجازه ولی ساقط می‌شود.[2]

در مورد کفو نیز در این بحث تعریف و معیار خاصی به دست نداده‌اند و فقط گفته‌اند

---

۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، روزنامه رسمی، ص ۴۴.

۲. ر.ك: تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۲۵۴، شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۱۷؛ جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۴؛ مسالك الافهام، ج ۱، ص ۴۵۲.

اگر دختر مایل باشد با کسی که شرعاً و عرفاً کفو اوست ازدواج کند و پدر یا جد پدری مخالفت کند، اجازه او ساقط می‌شود ولی اگر دختر بخواهد با کسی که کفو او نیست ازدواج کند و پدر او را منع کند، این عمل پدر عضل محسوب نشده و موجب سقوط ولایت او نمی‌شود.[۱]

در مبحث مربوط به شرط کفائت (هم کفو بودن) در نکاح هم کفو بودن را به مسلمان بودن معنی کرده‌اند و در اینکه آیا شیعه بودن شوهر و توانایی او در انفاق نیز مشمول هم کفو بودن و شرط در صحت نکاح است یا خیر، بین فقهاء اختلاف نظر است. بسیاری از آنها مخصوصاً تمکن از انفاق را شرط در صحت نکاح ومندرج در مفهوم کفائت (هم کفو بودن) نمی‌دانند.[۲]

ازدواج با افراد فاسق و مخصوصاً شارب الخمر نیز مکروه شمرده شده است.[۳]

روایت معروفی از پیامبر اکرم(ص) وارد شده است که فرمود: «مؤمن کفو مؤمن است».[۴]

فقهاء معمولاً اشاره می کنند که سیره و رویه اسلام و درواقع عرف اسلامی بر این است که در ازدواج باید دین و اخلاق طرف را مورد لحاظ قرار داد و نسب و حسب و شغل و موقعیت و ثروت و امثال آنها نباید معیار انتخاب قرار گیرد.

محقق صاحب شرایع می گوید:

«ازدواج آزاد با برده و عرب با عجم و هاشمی با غیرهاشمی و صاحبان مشاغل پایین و پست با افراد خانواده‌دار و بزرگ اشکالی ندارد.»[۵]

و تصریح می کند:

«اگر مرد مؤمنی که قادر به انفاق باشد از دختر کسی خواستگاری کرد هر چند نسبش

---

۱. منابع پیشین.

۲. شرح لمعه، ج ۵، ص ۳۳۹ـ۲۳۸؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۹۲.

۳. همان منابع.

۴. وسائل الشیعه، ج ۱۴ ص ۳۹، باب ۲۳ از مقدمات نکاح؛ حدیث ۲ پیامبر(ص) در پاسخ این سؤال که کفو برای دخترانمان کیست (من الاکفاء) فرمود: «المؤمنون بعضهم اکفاء بعض» و نیز همان منبع، ص ۴۴ (باب ۲۵).

۵. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۰۶.

پست و پایین باشد، اگر ولی دختر بدین جهت جواب رد به او بدهد گناه کرده است.»[1]

سیره عملی هم که از پیامبر اکرم(ص) نقل شده در مورد ازدواج جویبر با دختر زیادبن لبید از اشراف و تزویج مقداد با دختر زبیر[2] و امثال آنها مؤید این معنی است که کفو عرفی نیز در نظام اسلامی، دین داشتن و حسن اخلاق و امکان انفاق است نه بیش از آن.

بنابر این بسیار نادر است که دختری بخواهد با پسری ازدواج کند و پدر به لحاظ کفو نبودن از این ازدواج ممانعت نماید، زیرا اگر پسر مسلمان نباشد که حتی با اجازه پدر نیز، ازدواج باطل است. در صورت مسلمان بودن، چون اصل، سلامت و صحت فعل مسلم است، پدر باید بتواند فسق و شرارت او را ثابت نماید تا به عنوان کفو عرفی نبودن او، ممانعت خود را توجیه نماید.

درصورتی که دختر، کسی را که کفو است برای ازدواج اختیار کند و ولی با او مخالفت کند و فرد دیگری را که کفو است برگزیند، بعضی از فقهاء معتقدند نظر دختر مقدم است و عمل پدر عضل محسوب و موجب سقوط ولایت او می‌شود.[3]

با این ترتیب می‌بینیم عملاً شرط دانستن اجازه ولی درعقد نکاح خاصیت و اثری ندارد و نهایت امر این است که باید کسب اجازه پدر را ممدوح و مستحسن و یا احیاناً واجب دانست ولی شرط صحت نکاح دختر نیست.

ج- ترتیب ازدواج دختر در صورت ممانعت ولی

فقهاء به بیان حکم سقوط اجازه ولی در صورت عضل اکتفا کرده و تصریح کرده‌اند که در این صورت دختر می‌تواند مستقلاً اقدام به ازدواج نماید، ولی در این خصوص که این موضوع باید نزد حاکم مطرح و اثبات گردد و او اجازه نکاح را بدهد یا خیر، معمولاً سخنی نگفته‌اند. بلکه ظاهر، این است که به نظر آنان، نیازی به مراجعه به حاکم و اثبات موضوع نزد او ندارد و دختر خود می‌تواند عقد نکاح را واقع سازد. طبعاً اگر ولی، مدعی بطلان نکاح

---

۱. همان مأخذ، ص ۱۰۹.
۲. ر.ك: وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۴ و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۰۷.
۳. مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۵۲؛ جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۴.
البته صاحب حدایق نظر فوق را نمی‌پذیرد و اصل را بر ادامه ولایت پدر قرار می‌دهد، حدایق، ج ۲۳، ص ۲۳۳.

باشد، می تواند به دادگاه مراجعه کند و درخواست خود را مطرح نماید.[۱]

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر می داشت:

«هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است به دفتر ازدواج مراجعه کند و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می دهد و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع دفتر مزبور، می تواند نکاح را واقع سازد، ممکن است اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر و یا جد داده شود ولی باید اطلاع مزبور مسلم باشد.»

قانون مدنی لزوم مراجعه به دادگاه و دخالت و رسیدگی دادگاه را در مورد موجه بودن یا نبودن اجازه پدر یا جد پدری پیش‌بینی نکرده بود و ظاهراً با تأسی از اجماع فقهای امامیه، نفس امتناع پدر و مضایقه او از ازدواج دختر با کفو را موجب سقوط اجازه او و استقلال دختر در امر ازدواج می‌دانست. فقط برای اینکه ازدواج در دفتر ازدواج ثبت شود، می‌بایست سردفتر مطمئن شود که پدر در جریان امر قرار گرفته و مطلع شده است و لذا مقرر شده بود که از طریق دفتر ازدواج و یا از طریق مطمئن دیگر باید مراتب به اطلاع پدر یا جد پدری برسد و پس از انقضای مدت پانزده روز سردفتر با تشخیص خود می توانست عقد ازدواج را ثبت کند. قانون مرجع خاصی را برای ارزیابی و تشخیص موجه بودن یا نبودن ممانعت پدر پیش‌بینی نکرده بود و ظاهراً تشخیص این امر نیز مانند سایر شرایط صحت نکاح با سردفتر که مسئول انجام ازدواج و ثبت آن است بود.

طبعاً عقدی که واقع می شد اگر به لحاظ کفو نبودن شوهر مورد اعتراض پدر قرار می گرفت می توانست در دادگاه مورد رسیدگی قرار گرفته و عندالاقتضاء

---

۱. صاحب جواهر می گوید: «و کیف کان فلا تحتاج الی مراجعة الحاکم خلافا للمحکی عن اکثر العامة من سلب عبارتها فی النکاح، فیزوجها حینئذ الحاکم، ولم نعرف ذالك من اصحابنا، نعم عن التذکرة تارة جواز الاستقلال، ناقلاله عن جمیع علمائنا، مصرحا بعدم اشتراط مراجعة الحاکم و الاخری اشتراط اذنه و اثبات العضل عنده و الا لم یکن له، کما عن بعض العامة، لکنه واضح الضعف، مخالف الاصل و الاجماع بقسمیه.»
جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۴.

بطلان آن اعلام شود.

با همه انتقادی که از این ماده می‌شد که سردفتر مقام قضایی نیست تا بتواند تشخیص دهنده موجه یا ناموجه بودن ممانعت پدر باشد، و اینکه می‌بایست این تشخیص به عهده دادگاه گذاشته می‌شد، به نظر می‌رسد، این ترتیب، با موازین فقهی اوفق و برای طرفین ازدواج نیز، انسب بود و مشکلی را هم ایجاد نمی‌کرد.

به نظر فقهای عامه مراجعه به دادگاه و اثبات عضل در نزد حاکم و نتیجتاً اقدام و یا اجازه او برای ازدواج دختر لازم است. قوانین برخی کشورهای اسلامی نیز بدین معنی تصریح دارند، مثلاً قانون احوال شخصیه سوریه و قانون خانواده الجزایر، مداخله قاضی و اذن قاضی برای ازدواج، در صورت امتناع پدر را لازم می‌دانند.[1]

به‌هرحال در اصلاحیه سال ۱۳۶۱، مرجع تشخیص و صدور اجازه ازدواج برای دختر، در صورت ممانعت غیرموجه پدر، دادگاه مدنی خاص تعیین شد و ذیل ماده ۱۰۴۳ به این صورت در آمد.

«...و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور، مراتب به پدر یا جد پدری اطلاع داده شود و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور می‌تواند اجازه نکاح را صادر نماید...»

طبق این اصلاحیه دختر می‌بایست در صورت ممانعت پدر به دادگاه مدنی خاص مراجعه نماید و توسط دادگاه مزبور، مشخصات شوهر و مهر و شرایط نکاح به ولی اعلام شود. پس از گذشت پانزده روز از تاریخ اطلاع اگر پدر یا جد پدری پاسخ نمی‌دادند یا

---

۱. ماده ۲ قانون احوال شخصیه سوریه می‌گوید:

«الکبیرة التی اتمت السابعة عشرة اذا ارادت الزواج یطلب القاضی من ولیها بیان رأیه خلال مدة یحددها له فاذا لم یعترض او کان اعتراضه غیر جدیر بالاعتبار یاذن القاضی بزواجها بشرط الکفائة.»

و ماده ۱۲ قانون خانواده الجزایر می‌گوید:

«لایجوز للولی ان یمنع من فی ولایته من الزواج اذا رغبت فیه و کان اصلح لها و اذا وقع المنع فللقاضی ان یاذن به...»

پاسخشان به تشخیص و نظر دادگاه موجه نبود، دادگاه اجازه عقد نکاح را به دختر می‌داد و دختر می‌توانست بر اساس آن اجازه عقد نکاح را واقع و آن را به ثبت برساند. ولی اگر به نظر دادگاه ممانعت پدر، موجه تشخیص داده می‌شد، اجازه نکاح صادر نمی‌کرد و طبعاً دختر نمی‌توانست ازدواج نماید.

از بیان این ماده اصلاحی بیشتر و روشن‌تر از بیان ماده قبل از اصلاحیه استنباط می‌شد که اگر دختری در صورت ممانعت پدر، این ترتیب را رعایت نکند و اجازه دادگاه را نگیرد، نمی‌تواند مبادرت به عقد نکاح کند، و چنانچه تخلف نماید، نه تنها ثبت نکاح او در دفتر ازدواج مجاز نیست و اگر ثبت شود، تعقیب انتظامی سردفتر را درپی دارد بلکه عقد نکاح ماهیتاً نیز اشکال دارد مگر اینکه پدر آن را تنفیذ نماید زیرا صدر ماده می‌گوید: نکاح دختر متوقف به اجازه پدر یا جد پدری است و ذیل ماده وقوع نکاح بدون اذن پدر را با رسیدگی دادگاه و اجازه او امکان‌پذیر ساخته است.

هنگامی که اصلاحیه قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ در مجلس شورای اسلامی به‌تصویب رسید و ماده ۱۰۴۳ به همان شکل اصلاحی سال ۱۳۶۱ تصویب شد، شورای نگهبان لزوم مراجعه دختر به دادگاه و اخذ اجازه برای نکاح در صورت ممانعت پدر را خلاف شرع دانست و طی نامه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ به مجلس شورای اسلامی در این خصوص اعلام کرد:

«الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه، با موازین شرع مغایر است...»

بدین جهت قسمت ذیل ماده ۱۰۴۳ به شرحی که قبلاً نقل کردیم بدین صورت درآمد:

«...و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ بین وقوع ازدواج و ثبت آن تفاوت گذاشته شده

است. صرف امتناع پدر بدون علت موجه، موجب سقوط اجازه اوست و اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه ازدواج کند، نمی‌توان بدین جهت نکاح او را باطل دانست، مگر اینکه عدم کفو بون شوهر ثابت شود ولی ثبت ازدواج در دفتر ازدواج موکول به طی این تشریفات و گرفتن اجازه از دادگاه مدنی خاص است که اگر ازدواجی بدون اجازه ثبت شود، تخلف انتظامی محسوب می‌شود. در این اصلاحیه،دیگر اطلاع دادن به پدر یا جد پدری و انقضای مدت پانزده روز از تاریخ اطلاع آنان قید نشده و صرفاً مقرر شده است که دختر باید به دادگاه مدنی خاص مراجعه و با معرفی کامل مرد مورد نظر و شرایط نکاح و مهر از دادگاه کسب اجازه کند تا بتواند اجازه را به ثبت برساند. طبعاً دادگاه به هرگونه که صلاح و مقتضی بداند رسیدگی نموده واتخاذ تصمیم می کند.

د-سقوط اجازه ولی در صورت محجوریت یا عدم دسترسی به او

طبق ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰:

«در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند واستیذان از آنها نیز عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می تواند اقدام به ازدواج نماید.

تبصره-ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد.»

حکم موضوع این ماده در قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰ وجود نداشت ولی باتوجه به قطعی بودن این حکم در فقه استظهار می‌شد که از نظر قانون مدنی نیز در صورت عدم دسترسی به پدر و جد پدری، اجازه آنها ساقط است و دختر می تواند مستقلاً ازدواج نماید.[1]

ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی قبل از اصلاحیه شق دیگری از موارد سقوط اجازه ولی را بیان کرده بود و آن محجور بودن پدر و جد پدری است، ماده مزبور مقرر می‌داشت:

«در مورد ماده قبل اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به

---

۱. حقوق خانواده، محقق داماد، ص ۵۶؛ حقوق مدنی، دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۲۸۷.

علتی تحت قیمومت باشد، اجازه قیم او لازم نخواهد بود.»

هدف اصلی قانونگذار از اصلاح ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی این بود که سقوط اجازه ولی شامل مورد غایب بودن و عدم دسترسی به او نیز بشود تا هرگونه شبهه‌ای از این حیث مرتفع گردد. متأسفانه به جای اینکه این مورد نیز ضمیمه ماده ۱۰۴۴ گردد، جانشین آن گردید و درواقع موارد محجوریت ولی حذف شده و به جای آن حکم مورد غایب بودن اومطرح گردید و هم‌اکنون با این اصلاحیه این شبهه پیش می‌آید که در صورت محجور بودن ولی، ممکن است اجازه قیم او برای ازدواج دخترش لازم باشد درحالی که از لحاظ فقهی، اجماعی است که در صورت محجور بودن پدر یا جد پدری اجازه قیم آنها لازم نیست[1] و حال باید حکم این مورد را با توجه به مبانی فقهی استنباط نمود.

به هرحال قدر مسلم، این است که فقط اجازه شخص پدر یا جد پدری لازم است و چنانچه آنها در قید حیات نباشند یا محجور بوده و تحت قیمومت باشند و یا غایب بوده و عادتاً دسترسی به آنها میسر نباشد، دختر در ازدواج مستقل است و اجازه شخص دیگری را لازم ندارد.

تبصره الحاقی به ماده ۱۰۴۴ اصلاحی، ثبت ازدواج در دفتر ازدواج را منوط به احراز موضوع در دادگاه مدنی خاص نموده است، یعنی دختر باید به دادگاه مزبور مراجعه و غیبت پدر یا جد پدری و عدم دسترسی به او را بر دادگاه ثابت نماید.

تکلیف مراجعه به دادگاه، زحمتی است که بر دوش دختر گذاشته شده است اگر مسئولیت احراز آن به عهده سردفتر گذاشته می‌شد، هم منظور عملی می‌گردید و هم مشکل خانواده‌ها کمتر بود.

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۵. صاحب جواهر سقوط اذن در مورد غیبت و حجر و کفر را با هم ذکر نموده و آن را اجماعی دانسته است:

«اما اذا لم یکونا او کانا غایبیْن غیبة منقطعة او ناقصین بجنون اورق او کفر مع اسلامها فلا ولایة لاحد علیها اجماعا محکیا ان لم یکن محصلاً.»

و نیز ر.ک: الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۱۰.

هـ ـ ضمانت اجرای نکاح دختر بدون اذن ولی

چنانچه دختر رشیده باکره‌ای بدون اذن پدر یا جد پدری و طی تشریفات قانونی یعنی مراجعه به دادگاه و کسب اجازه از دادگاه در صورت ممانعت ولی، اقدام به ازدواج نماید، آیا این ازدواج باطل است یا خیر؟

در صورتی که بعد از ازدواج، پدر دختر به نکاح مزبور رضایت دهد این ازدواج تنفیذ شده و صحیح است.[۱]

ولی اگر پدر، اجازه ندهد، قاعدتاً کسانی که اجازه پدر را در نکاح لازم می‌دانند، باید معتقد به بطلان ازدواج باشند ولی در بین فقهاء کمتر کسی صراحتاً به بطلان ازدواج نظر داده است.

در بین فقهای متقدم ابو الصلاح حلبی، صاحب کتاب **الکافی فی الفقه**، می گوید:

«اگر دختر بدون اذن پدر و جد پدری عقد کرد با سنت مخالفت کرده و عقد متوقف است بر اذن آنها.»[۲]

ابن زهره نیز در کتاب **غنیه**[۳] می گوید:

«اگر پدر یا جد پدری اجازه ندادند و عقد را قبول نکردند، عقد منفسخ است.»

شیخ مفید نیز در کتاب **مقنعه** تصریح به بطلان چنین عقدی می‌نماید.[۴]

ولی بسیاری از فقهاء عقد نکاح را صحیح اعلام کرده‌اند، مثلاً علامه حلی در کتاب تذکرة به صراحت می گوید: چنین نکاحی صحیح است و به گونه‌ای سخن می گوید که گویی نظر امامیه در برابر فقهای عامه بر صحت نکاح است.

عبارت علامه چنین است:

«اذا انکحت المرأة الکاملة نفسها او زوّجها غیر ولی باذنها صحّ عندنا و قالت العامّة

---

۱. حقوق مدنی، دکتر امامی، ج ۴، ص ۲۸۵.

۲. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۳:

«لایجوز لها العقد علی نفسها بغیر اذنهما فان عقدت خالفت السنه و کان العقد موقوفا علی امضائهما.»

۳. الجوامع الفقهیه، کتاب الغنیة، ص ۶۰۹.

۴. مقنعه، شیخ مفید، ص ۷۸:

«و ان عقدت علی نفسها بعدالبلوغ بغیر اذن ابیها خالفت السنة و بطل العقد، الا ان یجیزه الاب.»

النکاح فاسد...»[1]

یعنی:

«اگر زن کامل بدون اذن ولی، خود را به عقد دیگری در آورد و یا به شخصی غیر از ولی وکالت در امر نکاح داد، این عقد نزد ما صحیح است و عامه گفته‌اند فاسد است.»

شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط این عقد را صحیح می‌داند و می گوید اگر موضوع در دادگاه مطرح شد، حاکم دادگاه نمی تواند به این جهت که عقد بدون اذن ولی انجام شده حکم به جدایی زن و مرد بدهد.[2]

محقق صاحب شرایع، صاحب جواهر، شهید اول و شهید ثانی از فقهای بزرگ و معتبر نیز به لحاظ اینکه اذن پدر یا جدپدری را لازم نمی دانند قائل به صحت عقد هستند.[3]

در بین فقهای معاصر آیت‌الله گلپایگانی با اینکه احتیاط را در گرفتن اذن پدر برای ازدواج دختر باکره رشیده می‌دانند، ولی می گویند اگر دختر، بدون اذن پدر، ازدواج کرد، نکاح او صحیح است.[4]

و به هر حال، جمعی از فقهاء نیز، در صورت ازدواج دختر بدون اذن پدر، حکم به احتیاط کرده و گفته‌اند احتیاط در این است که اگر ولی اجازه نداد دختر و پسر با طلاق از یکدیگر جدا شوند.[5]

---

۱. تذکرة‌الفقهاء، ج ۲، ص ۵۸۵.

۲. المبسوط فی فقه الامامیة، ج ۴، ص ۱۶۳:

«و اذا تزوج من ذکرنا بغیر ولی کان العقد صحیحا و اذا وطیئ الزوج لم یکن علیه شیئ من ادب و حد ولاخلاف فی سقوط الحد الاشاذا منهم قال: ان کان یعتقد تحریمه و جب علیه الحد و المهر یلزمه بالدخول بلاخلاف و متی ترافعا الی حاکم لم یجز ان یفرق بینهما.»

۳. ر.ك. جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۳ و ۱۷۵؛ شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۱۶.

۴. مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۵۱ و ۱۵۹، ایشان در پاسخ سؤالی می فرمایند:

«...در فرض مسأله اگر دختر رشیده و بالغه به عقد در آمده و صیغه عقد خوانده شده باشد، صحت عقد بعید نیست، هر چند دختر، باکره باشد و پدر و مادر راضی نباشند و احتیاط آن است که پدر عقد را امضا کند و جایز نیست زوج را مجبور به طلاق نمایند و اگر مجبور کنند طلاق باطل است.»

۵. عروة‌الوثقی، سید محمد کاظم یزدی، ص ۷۲۸؛ امام خمینی بنا به نقل دادنامه مورخ ۵۹/۶/۱۲ شعبه اول تجدیدنظر مدنی خاص.

استنباط حقوقدانان و رویه دادگاهها نیز از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در این مورد متفاوت است. به نظر می‌رسد بیشتر متمایل به این هستند که نکاح دختر بدون اذن ولی و باعدم حصول اجازه او را باطل بدانند.[۱]

در عین حال برخی می گویند حکم ماده ۱۰۴۳ و الزام دختر به گرفتن اجازه پدر، درواقع جنبه تکلیفی دارد و تخلف از آن، موجب بطلان عقد نمی گردد بلکه تخلف انضباطی محسوب می‌شود و مثلاً برای سردفتری که چنین ازدواجی را ثبت کند مجازات انتظامی در نظر گرفته خواهد شد.[۲]

برخی از دادگاهها نیز از همین نظر پیروی کرده‌اند چنانکه شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۲۰/۵۸ درخواست پدری را به فسخ عقد نکاح دخترش به لحاظ عدم کسب اجازه او، مردود اعلام نموده وحکم به صحت عقد داده است که قسمتی از رأی مزبور، ذیلاً نقل می‌شود:

«بالاخره پس از بررسی محتویات پرونده و اظهارات خواهان که دخترش، بدون رضایت وی ازدواج کرده و اغفال شده است، باید توجه داشت اولاً که موجبات فسخ عقدنامه چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچیك از آنها نیست و اینکه مراجع عالیقدر، رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته‌اند، اولاً شرط صحت عقد نمی‌باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام به پدر محفوظ بماند. ثانیاً هیچیك از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته‌اند، ازدواج مجدد دختر رشیده‌ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد مورد دلخواهش درآمده، پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای شخص ثالثی جایز نمی‌دانند، یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی‌کنند...[۳] بنابراین ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید... را نمی‌توان باطل دانست بلکه

---

۱. حقوق مدنی، دکتر امامی، ج ۴، ص ۵ـ۲۸۴؛ حقوق خانواده، دکتر لنگرودی، ص ۲۶؛ حقوق مدنی، دکتر صفایی ج اول، ص ۱۱۹ و نیز حقوق خانواده، ج ۱.

۲. حقوق مدنی ایران، دکتر سیدعلی شایگان، کتاب اول، ص ۲۶۶ـ۲۶۵.

۳. البته استدلال دادگاه، که هیچکس ازدواج اول را باطل اعلام نمی کند دقیق نیست، زیرا در صفحات پیش از قول ابن زهره در غنیه و مفید در مقنعه نقل کردیم که آنها ازدواج دختر بدون اجازه پدر را باطل می‌دانستند.

ازدواج آنان صحیح است و اینکه اداره ثبت، سردفتر را متخلف دانسته و دفتر را معلق نموده است، جرمش خلاف دستور اداری است، به عنوان اینکه به بخشنامه توجه نشده است...»[۱]

نظر مشورتی اداره حقوقی دادگستری - تا آنجا که به یاد دارم و در جریان بودم نظر مشورتی کمیسیون قوانین مدنی اداره حقوقی دادگستری نیز در رابطه با سؤال یکی از دادگاهها، عدم بطلان ازدواج دختر، بدون اذن پدر بود ولی نظری که رسماً به‌عنوان نظر مشورتی اداره حقوقی اعلام شد، محافظه کارانه و توأم با احتیاط و غیرروشن بود که خلاصه جریان به‌شرح زیر نقل می‌شود:

دادرس دادگاههای حقوقی یك سمنان استفساری به شرح زیر از اداره حقوقی به‌عمل آورد:

«...۲ـ طبق ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر و یا جد پدری است و...» حال اگر دختری بدون اذن پدر و یا جد پدری با مردی ازدواج نموده و صاحب فرزندی گردد و در این صورت اگر پدر یا جد پدری این ازدواج را تنفیذ ننماید، این عقد از نظر حقوقی چه وضعی خواهد داشت؟»

کمیسیون قوانین مدنی، پس از بحث فراوان، به حکایت پرونده کلاسه $\frac{۱۲۷}{۳۵۷}$ ۷۱ اظهارنظر کرد که:

«اگرچه ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری نموده است و لکن ماده مزبور و مواد دیگر این قانون دلالت بر بطلان عقدی که بدون اجازه واقع شود یا نامشروع بودن طفل حاصل از این ازدواج ندارد.»

کمیسیون آیین دادرسی مدنی نیز موافق همین نظر کمیسیون قوانین مدنی بود. ولی پاسخی که سرانجام به عنوان نظر مشورتی اداره حقوقی طی شماره ۷/۲۷۹۸ مورخ ۱۳۷۱/۹/۸ به مرجع استعلام، اعلام شد، چنین بود:

«...۲ـ صحت و بطلان عقد و همچنین مشروع و نامشروع بودن طفل حاصل از ازدواج به

---

۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، چاپ روزنامه رسمی، ص ۳۶ـ۳۵.

نحو مذکور در استعلام، از جمله مواردی است که احتیاج به صدور فتوی از طرف مجتهد جامع‌الشرایط صاحب فتوی دارد، قاضی محکمه در چنین مواردی طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یك و دو و شعب دیوانعالی کشور باید با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید.»

به نظر می‌رسد، اداره حقوقی در اعلام پاسخ صریح و روشن، محافظه کاری به خرج داده است و گرنه می‌توانست استنباط خود را از منابع و فتاوی معتبر که قاضی سؤال کننده را به آن ارجاع داده است، به عنوان نظر مشورتی جهت راهنمایی دادرس مزبور اعلام نماید.

نتیجه

از مجموعه بحث‌هایی که به عمل آمد و از مراجعه به اقوال مختلف فقهاء، و روایات وارده می‌توان نتیجه گرفت که اگر دختر به حد بلوغ و رشد، رسیده باشد به گونه‌ای که بتواند در امور مالی خود تصرف کند، در امر نکاح نیز مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آنها نیز شرط صحت عقد نیست هر چند جلب نظر و موافقت آنها بسیار ممدوح و پسندیده و مخالفت با آنان، مکروه و ناپسند است.

و اما از نظر رایج بین فقهای معاصر که نظر دختر و اجازه پدر را شرط در نکاح می‌دانند و قانون مدنی نیز همین نظر را اتخاذ کرده، ملاك و مبنای معتبری ندارد، جز رعایت احتیاط که بیشتر فقهاء نیز، احتیاطاً نظر به لزوم اجازه پدر داده‌اند.

البته، عمل به این احتیاط امر خوبی است که اتفاقاً هر دو دسته به آن توصیه کردند یعنی هم فقیهی چون صاحب حدائق که با استناد به دسته‌ای از روایات معتقد است دختر باکره رشیده در امر نکاح، تحت ولایت پدر است و پدر می‌تواند بدون رضایت دختر او را به عقد ازدواج هر کس می‌خواهد در آورد. در پایان بحث خود در این زمینه می‌گوید:

«به هر حال در این مسأله رعایت احتیاط یعنی اخذ رضایت و نظر هر دو طرف (دختر و پدر) را

نباید از نظر دور داشت.»[۱]

و هم فقیه متبحر و روشن‌بینی چون شهید ثانی که شدیداً از استقلال دختر و عدم نیاز به اجازه پدر دفاع می کند سرانجام می گوید:

«پس از همه این بحث‌ها، در یك چنین امر مهمی، احتیاط اقتضاء می کند که در عقد نکاح رضایت پدر و دختر هر دو را گرفت تا بدون هیچ شك و شبهه و بالاتفاق عقد، صحیح باشد.»[۲]

طبعاً ما هم بر رعایت این احتیاط توصیه و تأکید می کنیم ولی معتقدیم، اگر دختر بالغی که قانون او را رشید و صاحب صلاحیت در تصرف در امور مالی و غیر مالی خود می‌داند، بدون کسب اجازه پدر با پسری ازدواج کرد و پدر هم عقد را تنفیذ نکرد، نمی توان عقد نکاح را از این جهت باطل دانست و هیچ دادگاهی نمی تواند نکاح را به این علت ابطال نماید، زیرا علاوه بر آنکه شرط داشتن اجازه پدر یا جد پدری در صحت چنین عقدی به شرحی که بیان کردیم، مبنا و ملاك صحیحی ندارد، باطل نمودن آن خلاف احتیاط است.

در ارتباط با ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: اگر پدر، به عنوان اینکه ازدواج بدون اذن او صورت گرفته است، دادخواست ابطال ازدواج به دادگاه بدهد، باید موجه بودن علت مخالفت و عدم اجازه خود را اثبات کند و به تعبیر فقهی باید ثابت کند که ازدواج دختر با غیر کفو صورت گرفته است و نمی توان گفت چون پدر یا جد پدری نسبت به نکاح دختر ولایت دارد، اصل بقای ولایت است و نیازی به آوردن دلیل بر موجه بودن مخالفت ندارد،[۳] زیرا ولایت پدر یا جد پدری بر دختر، با بلوغ و رشد او که مفروض مورد بحث است ساقط شده و نمی توان با استصحاب آن ادعای پدر را مطابق با اصل دانست.

---

۱. الحدائق الناضرة، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲۳، ص ۲۳۰:

«و کیف کان فالاحتیاط فی اصل المسألة المذکورة بالرضا من الطرفین و الاجازة من الجابنین مما لا ینبغی اهماله...»

۲. مسالك الافهام، ج ۱، ص ۴۵۲:

«... و بعد هذا کله فالذی یقتضیه الاحتیاط فی هذا الحکم المترتب علیه امور مهمة من الفروج و الانساب و الاموال لن یجمع فی العقد علی البکر بین اذنها و اذن الاب...»

۳. ر.ك: حقوق خانواده، دکتر صفایی، دکتر امامی، ج اول، ص ۹۸، که چنین استدلالی شده است و نیز حقوق خانواده، محقق داماد، ص ۵۶.

بخش دوم: ممنوعیت ازدواج زن مسلمان با مرد غیرمسلمان

محدودیت دیگری که در قانون مدنی برای زن در انتخاب همسر وجود دارد، این است که نمی‌تواند با مرد غیر مسلمان ازدواج کند، ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی می‌گوید: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.» این ماده قانونی، ازدواج زن مسلمان را با غیر مسلمان از هر فرقه‌ای یعنی اعم از اهل کتاب و غیر اهل کتاب غیر مجاز و باطل می‌داند.

این حکم قانون مدنی مبتنی بر فقه اسلامی است و ریشه در قرآن کریم دارد، حکمت آن نیز، حفظ اعتقاد اسلامی و خوف از تأثیر پذیرفتن از عقیده و رفتار غیر اسلامی و مبتنی بر کفر شوهر است و چون اسلام به حفظ اعتقاد و هویت اسلامی، اهمیت زیادی می‌دهد و ازدواج کافر و مسلمان، طبعاً این تأثیر و تأثر را دارد و بخصوص زن ممکن است بیشتر تحت تأثیر شوهر قرار گیرد واحیاناً دست از اسلام بردارد. بنابراین ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان به اتفاق و اجماع مسلمین حرام است،[1] فقهاء علاوه بر استناد به برخی آیات قرآن که به آن اشاره خواهیم کرد می‌گویند در این ازدواج ترس وقوع مؤمنه در کفر است زیرا زوج، عادتاً او را به دین خود می‌خواند و زنان عادتاً از مردان پیروی می‌کنند و در دین از آنها تقلید می‌نمایند، و نیز در قرآن کریم از سلطه کافر بر مؤمن منع شده است: «ولن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلا» (نساء / ۱۴۱) و ازدواج زن مسلمان با مرد کافر موجب سلطه کافر بر مسلمان است و باید ممنوع باشد.[2]

در مورد ازدواج زن مسلمان با مرد کافر، فرق نمی‌کند که مرد کافر اهل کتاب باشد یا غیر اهل کتاب چون ملاك حرمت که کفر بودن و دعوت به غیر اسلام و به تعبیر قرآن دعوت به سوی آتش است (اولئك یدعون الی النار - بقره / ۲۲۱) و منع سلطه کافر بر مسلمان است در هر دو مورد وجود دارد.[3]

---

۱. الفقه علی المذاهب الخمسة، محمد جواد مغنیه، چاپ هفتم، ص ۳۱۴.

۲. الفقه الاسلامی و ادلته، وهبه زحیلی، ج ۷، ص ۱۵۲.

۳. همان منبع و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۸.

وضعیت ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان

ولی در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کافره، قانون مدنی حکم صریحی ندارد بلکه می‌تواند مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی مشعر بر این معنی باشد که ازدواج مسلم با غیر مسلمه منعی ندارد بعضی از حقوقدانان هم این احتمال را مطرح کرده و گفته‌اند شاید بتوان گفت چون سلب آزادی در نکاح نیازمند حکم صریح است، ازدواج با زن کافر به‌طور مطلق مجاز است،[۱] ولی در فقه اسلامی چه شیعه و چه سنی بالاجماع و به اتفاق ازدواج مرد مسلمان با زن کافر غیر کتابی باطل است[۲] قرآن کریم نیز صریحاً در آیه ۲۲۱ سوره بقره «ولاتنکحوا المشرکات حتی یؤمنّ...» ازدواج با مشرکین و کفار را نهی کرده است. وهبه زحیلی در توجیه این حرمت می‌گوید: علت تحریم، عدم تحقق انسجام و اطمینان و همکاری بین زوجین است، زیرا تباین عقیده موجب قلق و اضطراب و تنافر بین زوجین می‌گردد و بنابراین زندگی زناشویی بر پایه‌های دوستی و رحمت و محبت و آرامش و استقرار، استوار نمی‌گردد.[۳] بنابراین باتوجه به مسلم بودن حرمت ازدواج مرد مسلمان با زن کافر غیر کتابی در فقه اسلامی از لحاظ قانون مدنی نیز در مقام سکوت نمی‌توان به مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۹ استناد نموده و نکاح مزبور را مجاز دانست. اما در خصوص ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی (نصرانی، یهودی و به قولی زرتشتی) اهل سنت عموماً این ازدواج را صحیح می‌دانند البته اهل کتاب به‌نظر آنها همان یهودی و مسیحی هستند استناد آنها بر جواز نکاح به آیه ۵ سوره مائده است که می‌فرماید: «الیوم احل لکم الطیبات و طعام الذین اوتوا الکتاب حل لکم و طعامکم حل لهم و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذین اوتوا الکتاب من قبلکم» که ازدواج مسلمین با اهل کتاب مجاز دانسته شده است ولی البته آن را مکروه می‌دانند و از عمر خلیفه دوم نقل شده که سخت با این امر مخالفت می‌نمود و

۱. حقوق خانواده، دکتر کاتوزیان، ج ۱ چاپ دوم، ص ۱۲۶ البته خود ایشان باتوجه به‌حکم فقهی موضوع سرانجام می‌گوید: بطلان نکاح با کافر غیر کتابی قوی به‌نظر می‌رسد.

۲. الفقه علی المذاهب الخمسه، محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۳۱۴: «اتفقوا علی انه لایجوز للمسلم و لاللمسلمة التزویج ممن لا کتاب سماوی لهم و لاشبهة کتاب...»

جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۷: «لایجوز للمسلم نکاح غیر الکتابیة اجماعا من المسلمین فضلا علن المؤمنین.»

۳. الفقه‌الاسلامی و ادلته، پیشین، همان صفحه.

مسلمانها را از ازدواج با زنان اهل کتاب برحذر می‌داشت تا مبادا تحت تأثیر آنها سستی و رخوتی در عقاید و اعمال دینی شان پدید آید.[۱]

به‌هرحال قوانین موضوعه برخی کشورهای عربی بر مبنای همین نظر فقهی ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه را جایز می‌دانند و از این نظر در این قوانین بین زن و مرد در انتخاب همسر تفاوت وجود دارد. قانون احوال شخصیه کویت در ماده ۱۸ می گوید: ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان و ازدواج مرد مسلمان با زن غیر کتابی صحیح نیست. قانون احوال شخصیه سوریه و الجزایر همانند ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی ایران فقط ممنوعیت ازدواج زن مسلمان را با مرد غیر مسلمان مورد تصریح قرار داده‌اند (بند ۲ ماده ۴۷ قانون احوال شخصیه سوریه: «زواج المسلمة بغیر المسلم باطل» وماده ۳۱ قانون خانواده الجزایر می گوید: لایجوز زواج المسلمة بغیر المسلم...)

در فقه شیعه قول مشهور بر این است که ازدواج دائم با زن کتابی نیز باطل است و تنها ازدواج موقت با کتابیه مجاز شمرده شده است.[۲]

بنابراین از لحاظ قانون مدنی ایران حداقل در مورد ازدواج دائم با توجه به منطوق ماده ۱۰۵۹ و نیز قول مشهور ومعتبر فقهای امامیه که در مقام سکوت و اجمال قانون باید بدان مراجعه کرد در انتخاب همسر بین زن ومرد فرقی نیست و هیچیك نمی تواند همسر کافر اختیار کند و با او ازدواج نماید.

آیات قرآنی در مورد ازدواج مسلمان با کافر

در خود قرآن کریم، در برخی از آیات به مسأله ازدواج مسلمان و کافر پرداخته شده و حکم آن بیان شده است. در سوره بقره آیه ۲۲۱ پس از آیات مربوط به بیان حکم جهاد و قتال در ماه حرام و حکم شراب و قمار در مورد ازدواج زن یا مرد مسلمان با زن یامرد کافر می‌فرماید: «...و لاتنکحوا المشرکات حتی یؤمنّ ولَاَمَة مؤمنة خیرمن مشرکة ولو اعجبتکم

---

۱. همان: و الاحوال الشخصیه، محمد ابوزهره، صص ۱۰۱ـ۱۰۰.

۲. شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۲۸، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۸.

و لاتُنکِحوا المشرکین حتی یؤمنوا ولعبد مؤمن خیر من مشرك ولو اعجبکم، اولئك یدعون الی النار والله یدعوا الی الجنة والمغفرة باذنه و یبین آیاته للناس لعلهم یتذکرون.»

این آیه به حسب ظاهر و با اطلاق، هم ازدواج مرد مسلمان با زن مشرك و هم ازدواج زن مسلمان را با مرد مشرك مورد نهی قرار داده و تحریم کرده است و حکمت آن را دعوت زوج یا زوجه مشرك به آتش یعنی طبعاً کفر و معصیت منجر به سقوط در عذاب الهی بیان فرموده است و در شأن نزول آن گفته شده که شخصی به نام مرثدبن ابی مرثد غنوی را پیامبر(ص) به مکه فرستاد تا عده‌ای از مسلمانان را از آنجا خارج کند، زنی از او درخواست ازدواج کرد و مرثد گفت باید از پیامبر(ص) اجازه بگیرم وقتی برگشت واز پیامبر(ص) اذن خواست این آیه نازل شد.[۱]

شأن نزول آیه در مورد زن مشرك غیر اهل کتاب است، استعمال متداول مشرك نیز در قرآن برای غیر اهل کتاب است، چرا که در برخی از موارد مشرکین و اهل کتاب در کنار هم به کار رفته و دو مفهوم را می‌رسانند مثلاً: «لم یکن الذین کفروا من اهل الکتاب و المشرکین مُنفکّین (بینه / ۱) یا «و مایَوَدّالذین کفروا من اهل الکتاب و لاالمشرکین...» (بقره / ۱۰۵) و بنابراین آیه ظهور در بیان حکم حرمت ازدواج با کفار غیر اهل کتاب اعم از زن و مرد دارد. همین معنی از قتادة و سعیدبن جبیر نیز نقل شده است. برخی گفته‌اند «لفظ مشرك» عام است ومنکرین نبوت پیامبر(ص) را نیز دربر می گیرد ولی درمورد زنان کتابی حکم این آیه با آیه ۵ سوره مائده نسخ شده است. این نظر از ابن عباس و مجاهد وحسن نقل شده است، ونظر عده‌ای دیگر از جمله فقهای امامیه بر این است که این آیه عام است و در مورد کتابیه نیز نسخ نشده است.[۲] بلکه منظور آیه ۵ سوره مائده از حلال بودن زنان اهل کتاب ازدواج موقت است نه دائم.

علامه طباطبائی در کتاب تفسیرالمیزان معتقد است منظور از مشرکین و مشرکات در سوره بقره کفار غیرکتابی است و شامل اهل کتاب نمی‌شود و آیه

---

۱. مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۵۶۰.

۲. مجمع البیان، پیشین، ص ۵۶۱.

۵ سوره مائده نیز ازدواج با زن کتابی را مجاز می‌شمرد و نسخ نشده و بی‌اشکال است.[۱]

آیه دیگر در این خصوص آیه ۱۰ سوره ممتحنه است که می‌فرماید: «یا ایهاالذین امنوا اذا جائکم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهنّ الله اعلم بایمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلاترجعوهن الی الکفار لاهن لهم و لا هم یحلون لهن و آتوهم ما انفقوا و لاجناح علیکم این تنکحوهن اذااتیتموهن اجورهن و لاتمسکوا بعصم الکوافر» «امساك العصمة ابقاء الرجل زوجته الکافرة بعد ما اسلم» ظاهراً این آیه علاوه بر اینکه برگرداندن زنان مسلمان شده را به شوهران کافرشان منع می کند مردانی را هم که مسلمان شده‌اند از نگهداشتن زنان کافر برحذر می‌دارد.

این آیه بعد از صلح حدیبیه نازل شد که ضمن آن تعهد شده بود هریك از افراد مکه به مدینه آمدند مسلمین آنها را تحویل مکه‌ای‌ها دهند. زنانی از مشرکین آمدند و مسلمان شدند و شوهرانشان آمدند آنها را مطالبه می کردند. پیامبر (ص) فرمود ما شرط کردیم مردان را برگردانیم نه زنان را مفاد این آیه این است که چون مسلمان شدند و شوهرانشان کافرند، علقه زوجیت بین آنها از بین رفته همین آیه ظاهراً انحلال علقه زوجیت بین مرد مسلمان وزن کافر را نیز می‌رساند. ولی موضوع و شأن نزول باز به هرحال کفار و مشرکین یعنی غیر اهل کتابند و دلیلی بر تعمیم آن به اهل کتاب نیست.

آیه دیگر، آیه ۵ سوره مائده است که ظهور در جواز ازدواج مردان مسلمان با زنان اهل کتاب دارد: «الیوم احل لکم الطیبات و طعام الذین اوتوا الکتاب حلّ لکم و طعامکم حل لهم و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذین اوتوا الکتاب من قبلکم اذا آتیتموهن اجورهن محصنین غیر مسافحین و لامتخذی اخدان و من یکفر بالایمان فقد حبط عمله وهو فی الاخرة من الخاسرین.»

این آیه کاملاً ظهور بلکه صراحت در جواز ازدواج با زنان اهل کتاب دارد چون آنها به خدا ایمان دارند و کتاب بر آنها نازل شده است. برخی گفته‌اند این آیه به‌وسیله آیه ۲۲۱

---

۱. تفسیر المیزان، علامه طباطبایی، ج ۲، ص ۱۳.

سوره بقره: و «لاتنکحوا المشرکات» نسخ شده و برخی تأویل کرده‌اند که مراد از مؤمنات در آیه سوره مائده آنها هستند که در اصل مؤمن بودند و منظور از محصنات دارای کتاب آنهایی هستند که اهل کتاب بودند و بعد ایمان آوردند و خداوند خواسته ازدواج با آنان را نیز مجاز اعلام نماید چون عده‌ای از ازدواج با اینها به لحاظ سابقه کفر ابا می کردند. البته این توجیهات دور از بیان و دلالت مفهوم و معنی آیه است بخصوص در مورد نسخ نمی توان گفت آیه منسوخ است چون سوره مائده هم بعد از سوره ممتحنه وهم بعد از سوره بقره نازل شده و روایت شده که سوره مائده آخرین سوره‌ای است که بر پیامبر نازل گردیده است. سوره بقره اولین سوره‌ای است که بعد از هجرت در مدینه نازل شده وسوره ممتحنه بعد از صلح حدیبیه نازل شده‌اند.[1]

به‌هرحال آنچه به‌طور متیقن از قرآن کریم استفاده می‌شود، این است که ازدواج مسلمان با کافر یعنی کسی که به هیچیك از ادیان آسمانی دارای کتاب معتقد نمی‌باشد، اعم از زن و مرد جایز نیست، اگر تعبیر مشرکین و مشرکات را که ازدواج آنها با مسلمین در قرآن منع شده است شامل اهل کتاب ندانیم، در قرآن کریم از ازدواج مسلمین با اهل کتاب صریحاً منع نشده بلکه آیه ۵ سوره مائده حداقل به جواز ازدواج مردان مسلمان با زنان اهل کتاب تصریح دارد. فقهای اهل سنت به همین ظاهر تمسك نموده و ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی را جایز ولی مکروه وناخوشایند می دانند. اما فقیهان شیعه عموماً ازدواج مرد مسلمان را با زن اهل کتاب نیز جایز نمی‌دانند ولی به عنوان نکاح منقطع آن رامجاز می‌شمرند. طبق نظر فقهای شیعه بین زن و مرد در رابطه با ازدواج با غیرمسلمان فقط از این حیث تفاوت وجود دارد که زن مطلقاً و تحت هیچ عنوان با مرد غیرمسلمان چه اهل کتاب و چه غیر اهل کتاب نمی‌تواند ازدواج کند ولی مرد مسلمان حق ازدواج موقت بازن غیرمسلمان اهل کتاب را دارد. از قانون مدنی ایران نیز باتوجه به منطوق ماده ۱۰۵۹ و فتوای معتبر فقهی در آن قسمت که حکم صریح وجود ندارد، همین معنی را می‌توان استفاده کرد.

---

۱. المیزان، پیشین، ج ۲، ص ۲۱۳.

بخش سوم: محدودیت ازدواج زن ایرانی با مرد غیر ایرانی

ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است.»

این ماده به گونه‌ای تنظیم شده که ضمانت اجرای بطلان بر تخلف از آن بار نیست، یعنی اگر زنی بدون گرفتن اجازه مخصوص از دولت با مرد تبعه بیگانه ازدواج کند در حالی که سایر شرایط صحت ازدواج را داشته باشد، ازدواج او باطل نیست ولی ثبت آن دچار مشکل می‌شود. وضع این ماده که نوعی محدودیت برای آزادی انتخاب همسر از سوی زن است، عمدتاً جنبه حمایتی از زن دارد و لذا شرایطی که برای صدور اجازه مخصوص، و در واقع صدور پروانه ازدواج در آیین‌نامه زناشویی بانوان ایرانی مصوب سال ۱۳۴۵ و تبصره الحاقی آن مصوب سال ۱۳۴۹ ذکر شده عمدتاً ناظر به این است که شوهر استطاعت نفقه داشته باشد، طبق قانون متبوع کشور او، چنین ازدواجی به رسمیت شناخته شود. فاقد پیشینه محکومیت کیفری باشد و امثال آنها که همه این مقررات در جهت حمایت از زن با توجه به وضع خاصی که زن دارد و عدم اطمینان از این گونه ازدواجها تبعات ناگواری را ممکن است در پی داشته باشد. وضع شده است. طبق ماده ۱۷ قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۱۶ هر خارجی که بدون اجازه دولت با زن ایرانی ازدواج کند به حبس از یك سال تا سه سال محکوم می‌شود با توجه به اینکه چنین ازدواجی نمی‌تواند به ثبت برسد مورد مشمول ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ نیز خواهد بود و مجازات حبس تعزیری تا یك سال را دارد.

پروانه ازدواج پس از احراز شرایط لازم از سوی استانداریها اعطا می‌شود. و بر آن اساس می‌توان رسماً ازدواج را واقع ساخت.

محدودیت ازدواج با بیگانگان تا حدودی شامل مردان نیز می‌شود. وفق ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی: «دولت می‌تواند ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعه خارجه باشد موکول به اجازه مخصوص نماید.»

این محدودیت به خاطر رعایت مصالح کشوری و دولتی است و ضمانت اجرای

تخلف از آن نیز بطلان عقد نیست بلکه پیامدهای انتظامی و انضباطی در پی دارد. بر همین پایه قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه مصوب دی‌ماه ۱۳۴۵ این ازدواج را ممنوع کرده و ضمانت اجرای تخلف از آن به موجب بند آخر ماده واحده قانون مزبور انفصال از خدمت در وزارت امور خارجه ذکر شده است.

بنابراین در حقوق ایران و طبق قانون مدنی، در زمینه انعقاد ازدواج و انتخاب همسر در رابطه با همسر تبعه خارجه هم زن و هم مرد، محدودیتی دارند ولی محدودیت زن بیشتر از محدودیت مرد است، زیرا طبق ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی به‌طور مطلق هر زن ایرانی که می‌خواهد با مرد خارجی ازدواج کند، باید اجازه دولت را اخذ نماید ولی برای ازدواج مرد ایرانی بازن خارجی این محدودیت به‌طور مطلق وجود ندارد و در برخی موارد دولت می‌تواند محدودیتهایی ایجاد نماید.

ولی نکته قابل توجه این است که این محدودیت مطلق برای زن که قانونگذار وضع کرده به‌منظور حمایت از زن و اطمینان از روشن بودن آینده او و دچار نشدن به عواقب ناگوار ازدواج با اتباع بیگانه است و درواقع، محدودیتی است که جنبه حمایتی دارد.*

* . قسمتی از این مقاله تحت عنوان اجازه ولی در عقد نکاح در شماره ۱۲-۱۱ مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی در بهار، تابستان ۱۳۷۲ منتشر شده است.

دو بحث کوتاه در مورد تعدّد زوجات

مقدّمه

مطابق نصّ قرآن کریم و اجماع تمام مسلمین، مرد می‌تواند چهار زن دائم در عقد نکاح خود داشته باشد و داشتن بیش از چهار زن ممنوع است. به اجماع فقهای شیعهٔ امامیّه نکاح منقطع یعنی عقد ازدواج برای مدت معیّن نیز مجاز و مشروع است.

در خصوص اصل تعدّد زوجات، این مسأله مخصوصاً در دوران اخیر مطرح است که آیا می‌توان محدودیتی برای آن قائل شد و خواست مرد برای اختیار همسر جدید با وجود داشتن زن را موکول به شرایطی نمود و اجازهٔ دادگاه را شرط دانست یا خیر؟

همچنین با توجّه به مشروعیت نکاح منقطع در فقه امامیه، این سؤال مطرح است که آیا محدودیت چهار زن شامل نکاح منقطع نیز می‌شود یا مخصوص نکاح دائم است و نکاح منقطع حدّ نصابی ندارد.

در بررسی کوتاهی که به مناسبت بحث حقوق خانواده داشتم به برخی نکات قابل توجّه برخورد کردم که بر آن شدم به عنوان طرح بحث و فتح باب، بحث کوتاهی در هر یك از دو زمینه مزبور داشته باشم. امید است از نظرات مستدل و مفصل اهل نظر و ارباب فضل در این زمینه مخصوصاً در مورد امکان برقرار کردن مقرّرات محدود کننده تعدّد زوجات از سوی حکومت، بهره گیریم.

۱ـ حکم استیفای عدد در نکاح منقطع

نظر مشهور بین فقهای امامیه، این است که ممنوعیّت جمع بیش از چهار زن مخصوص عقد نکاح دائم است و در نکاح منقطع، هیچگونه محدودیّتی نیست و مرد می تواند هر تعداد زن که بخواهد به نکاح منقطع داشته باشد. این شهرت، آن چنان قوی است که صاحب جواهر، ادّعا می کند، بعید نیست بگوییم از ضروریات مذهب امامیه است[1] و بر این معنی به تعدادی روایات منقوله از ائمه اطهار علیهم السّلام نیز استناد شده که مفاد آن روایات این است که زن منقطعه جزء نصاب چهار زن که در آیهٔ سوم سورهٔ نساء آمده نیست و مرد می تواند هر مقدار که بخواهد از آنها ازدواج کند.[2]

منتقدین عدم محدودیت در نکاح متعه

در میان فقهاء کسی که شدیداً در این امر تردید کرده و هر چند نظر و فتوای صریح نداده ولی در جواز آن سخت تردید نموده، شهید ثانی است که در **شرح لمعه** می گوید: اثبات چنین حکمی یعنی جایز بودن جمع بیش از چهار زن در نکاح منقطع، با وجود اینکه با ظاهر آیهٔ قرآن «فَانکحوا ما طابَ لَکُم مِنَ النِّسا مَثنی و ثُلاثَ و رُباعَ» (نساء/ ۳) و اجماع سایر علمای اسلام مغایر است، دشوار می باشد. وی روایات وارده در این باب را نیز ضعیف و غیر صحیح می داند و در مقابل، به چند روایت استناد می کند که در آنها، زن منقطعه نیز جزو حدّ نصاب چهار زن به شمار آمده و نکاح بیش از چهار زن در مورد آنها نیز تجویز نشده است.[3]

از فقهای متقدّم قاضی ابن برّاج صاحب کتاب **جواهر** و **المهذب** نیز جمع بیش از

---

۱. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۸.

۲. برخی از این روایات بدین شرح است: «... عَن عُبیدة زُرارَة عَن اَبیه عَن اَبی عَبدالله(ع) قالَ: ذکَرتُ لَهُ المُتعَة اَهِیَ مِنَ الاربَع؟ فَقالَ: تَزَوّج منهُنَّ اَلفا اَنهُنَّ مُستأجَرات».
«... عن زُرارَة بن اَعیَن قَالَ: قُلتُ: ما یَحِلُ مِنَ المُتعَة؟ قال: کَم شِئتَ»؛ **وسائل الشیعه**، ج ۱۴، ص ۴۴۶، باب ۴ از ابواب متعه.

۳. **شرح لمعه**، ج ۵، ص ۲۰۷؛ از جمله روایت عمار ساباطی از امام صادق(ع) که امام فرمود: متعه یکی از چهار زن است: «عَن عمّار السّاباطی عن اَبی عَبدالله(ع) عَن المُتعَة فَقالَ: هِیَ احدی الاَربَعَة» و روایت محمّد بن ابی نصر از حضرت رضا(ع) که با تأکید فرمودند: متعه یکی از چهار زن است و در پاسخ وی که می گوید: زراره از امام باقر(ع) نقل کرده که ایشان فرمودند متعه مانند کنیز است و هر تعداد شخص بخواهد می تواند ازدواج کند، امام(ع) می فرماید: «لا هِیَ مِنَ الاَربَع»؛ **وسائل الشیعه**، همان مأخذ، ص ۴۴۸.

چهار زن در نکاح متعه را جایز نمی‌داند، وی در این خصوص می گوید: «ولا یجوز للمتزوّج متعةً ان یزید علی اربع من النّساء و قد ذکر انّ له ان یتزوج ماشاء و الاحوط ما ذکرناه.»[۱]

شهید ثانی از نحوهٔ بیان علامه حلّی در کتاب مختلف نیز استمزاج می کند که ظاهراً آن فقیه مبرّز هم تمایل به منع جمع بیش از چهار زن در نکاح منقطع داشته، زیرا وی صرفاً نظر مشهور را که در نکاح منقطع حدّنصاب وجود ندارد نقل کرده و خود فتوای نداده است.[۲]

شهید ثانی در کتاب مسالك نیز به این مطلب اشاره می کند و ادّعای اجماع بر جواز جمع بیش از چهار زن در نکاح منقطع را صحیح نمی داند.[۳]

به هر حال به نظر می‌رسد، قول به شمول ممنوعیّت جمع بیش از چهار زن بر نکاح منقطع، هم با ظاهر قرآن مطابق است و هم، به‌طوری که دیدیم مدلول برخی از روایات وارده از ائمه اطهار علیهم‌السلام است، روایاتی که دلالت بر جواز نکاح منقطع بدون حدّو حصر می‌نمایند، علاوه بر آنکه، به قول شهید ثانی، سند آنها ضعیف یا مجهول یا مقطوع‌السند هستند و نمی توانند چنین حکم خلاف قرآن را اثبات کنند، نحوهٔ بیان آنها نیز به گونه‌ای است که انسان در صدورشان از معصوم(ع) تردید می کند، زیرا درست است که اصل جواز و مشروعیّت نکاح منقطع و استمرار جواز آن از مسلّمات مذهب امامیّه است و ائمه اطهار علیهم‌السلام نیز در بیاناتشان سعی داشتند این سنّت زنده بماند و اصل مشروعیّت آن از بین نرود، ولی پیداست که حکمت این امر، امکان برآوردن نیاز جنسی افرادی که توانایی ارضای آن را از راه نکاح دائم ندارند و یا به عللی نیازشان ارضا نمی‌شود، می‌باشد، و در واقع تشریع و تداوم آن برای جلوگیری از فحشا و هرج و مرج جنسی و توجّه به یك ضرورت و واقعیّت اجتماعی است. به گونه‌ای که از امام علی (ع) نقل شده که فرمود: اگر عمر متعه را حرام نکرده بود جز افراد خبیث کسی مرتکب زنا نمی‌شد.[۴]

---

۱. المهذّب، ج ۲، ص ۲۴۳، از قاضی عبدالعزیز بن البرّاج الطّرابلسی، از انتشارات جامعهٔ مدرسین قم.

۲. ر.ك: شرح لمعه، ج ۵، صص ۲۰۶ـ۲۰۹.

۳. مسالك الافهام، ج ۷، ص ۳۵۰، وی در آنجا با اشاره به نحوه بیان علامه می گوید: «و فی المختلف اقتصر من الحکم علی مجرّد الشهرة و لم یصرّح بمختاره و عذره واضح و دعوی الاجماع فی ذالك غیر سدید.»

۴. «لَولا اَنّ عُمَرَ نَهی عَنِ المُتعَةِ ما زَنی اِلّا شَقِیٌّ». شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۸۳.

مذموم بودن تنوع طلبی و زن‌بارگی در روایات

تشویق به متعه گرفتن زیاد و در واقع، زن‌بارگی و تنوّع طلبی با فرهنگ اهل بیت و ائمه اطهار علیهم‌السلام مطابقت ندارد و بنابراین چگونه می‌تواند معقول باشد که امام صادق(ع) در پاسخ سؤال مربوط به محدودیّت متعه به چهار زن بفرماید: می‌توانی هزار زن متعه بگیری زیرا آنها زن کرایه‌ای هستند[1] در حالی که در برخی از روایات، شدیداً از کسانی که زن دارند و در عین‌حال دنبال متعه می‌روند سرزنش شده، و تصریح شده که حکمت تشریع متعه برای استفاده کسانی است که از داشتن زن محرومند که بدین‌وسیله هم نیاز جنسی‌شان مرتفع می‌شود و هم دچار بی‌عفتّی و بی‌بند و باری نمی‌گردند، برای روشن‌تر شدن مطلب بد نیست سه روایت گویا را در این زمینه نقل کنیم:

۱ ـ علی بن یقطین می‌گوید: از امام موسی بن جعفر (ع) در مورد متعه سؤال کردم حضرت فرمود: تو را با متعه چکار؟ در حالی که با داشتن زن خداوند تو را از متعه بی‌نیاز کرده است. «سَألتُ اَبالحَسن(ع) عَنِ المُتعَةِ فقال، ما اَنتَ وَ ذاكَ قد اَغناكَ اللّهُ عَنها...»

۲ ـ فتح بن یزید می‌گوید: از موسی بن جعفر (ع) در مورد متعه سؤال کردم حضرت فرمود: حلال و مباح است برای کسی که با داشتن زن از آن بی‌نیاز نیست، اگر زن داشت در صورتی برایش مباح است که از زنش دور باشد. «سألتُ اَبَالحَسَن (ع) عَنِ المُتعة فَقالَ: هِیَ حلال مُباح لِمَن لَم یُغنِهِ اللّه بِالتّزویج فَلیَستَعفِف بِالمُتعة فَاِن استَغنی عنها بِالتّزویجِ فَهِی مُباح لَهُ اذا غابَ عَنها».

۳ـ امام موسی بن جعفر (ع) به بعضی از دوستانش نوشت: اصرار بر متعه نداشته باشید آنچه بر شما واجب است بپاداشتن سنّت است، بنابراین با روی آوردن زیاد به متعه از خانواده‌تان غافل نشوید که ممکن است کفر بورزند و بیزاری جویند و بر کسی که به این سنّت امر کرده نفرین کنند و ما را مورد لعن قرار دهند. «... کتب ابو الحسن (ع) الی بعض موالیه: لاتُلحّوا عَلَی المتُعَةِ، انّما عَلَیکُم اِقامةُ السُنّةِ فَلاتَشتَغلوا بِها عَن فُرُشِکَم وَ حَرائِرِکُم

---

۱. اشاره به حدیث منقول در پاورقی شمارهٔ ۲ ص ۹۸.

فَیَکفُرنَ وَ یَتبَرَّینَ وَ یَدعینَ عَلَی الآمِر بذالكَ وَ یَلعَنُونا.»[1]

با عنایت به مراتب مذکور، قویّاً به نظر می‌رسد، ممنوعیّت جمع بیش از چهار زن شامل نکاح دائم و منقطع هر دو می‌گردد و یك مرد در آن واحد نمی‌تواند بیش از چهار زن در حباله نکاح خود داشته باشد، خواه همه دائم یا همه منقطع یا بعضی دائم و بعضی منقطع باشند.

۲ـ آیا می‌توان تعدّد زوجات را محدود و موکول به اجازهٔ دادگاه کرد؟

چنانکه گفتیم اصل مشروعیّت تعدّد زوجات تا چهار زن از قواعد مسلّم اسلامی است و البتّه بر تجویز اصل این موضوع و عدم ممنوعیّت مطلق آن فواید و منافع اجتماعی نیز مترتّب است که در اینجا مجال پرداختن به آنها نیست.[2]

ولی آنچه از آیهٔ سوّم سورهٔ نساء فهمیده می‌شود، این است که اصل در نکاح، تك‌همسری است و استثنائاً اجازه داده شده که مرد بتواند تا چهار زن بگیرد و گرفتن بیش از یك زن، مشروط به این است که مرد بتواند بین آنها اجرای عدالت کند. یعنی یکسان، حقوق واجبه آنها را ادا نماید، بتواند نفقه همه را بدهد و از لحاظ اقامت نزد آنها یکسان رفتار کند یعنی به اصطلاح، قَسم را رعایت نماید آیهٔ مزبور می‌فرماید: «... فَانکحوُا ما طابَ لکُم مِن النّساء مَثنی وَ ثُلاثَ و رُباعَ فَاِن خِفتُم اَلا تَعدِلوُا فَواحِدَةً اَو ما مَلَکَت اَیمانُکُم ذالكَ اَدنی اَلا تَعُولوُا.»

خلاصه معنی این است که می‌توانید از زنانی که پاك و خوب می‌دانید تا چهار زن بگیرید ولی اگر خوف آن دارید که بین آنها به عدالت رفتار نکنید به یکی اکتفا نمایید که این امر یعنی اکتفا به یك زن نزدیك‌تر است به اینکه از عدالت دور نیفتید و بر زنها ظلم نکنید.

قرآن کریم، باهمان بیان که ازدواج با چهار زن را مباح نموده، در صورت خوف عدم اجرای عدالت، آن را به یکی محدود نموده است، و منظور از خوف عدم اجرای عدالت، این است که مرد، ظنّ بر عدم اجرای عدالت داشته باشد یا شك کند که می‌تواند

---

۱. روایات از وسائل الشیعه، ج ۱۴، صص ۴۴۹ ـ ۴۵۰، باب ۵ از ابواب متعه.

۲. برای آگاهی از این موضوع ر.ك: نظام حقوق زن در اسلام، نوشتهٔ استاد شهید مرتضی مطهری، صص ۳۷۰ به بعد.

عدالت را اجرا نماید یا خیر؟ بنابراین کسی می‌تواند با داشتن همسر، اقدام به ازدواج مجدّد نماید که اطمینان یا ظنّ غالب داشته باشد که توانایی اجرای عدالت بین همسران خود را دارد.[۱]

بعید نیست بتوان از این آیه استنباط کرد که اگر کسی خوف عدم اجرای عدالت دارد و در عین حال اقدام به ازدواج مجدّد نماید، ازدواج دوّم او باطل است. زیرا در واقع، اباحه تعدّد زوجات در این آیه معلّق بر عدم خوف اجرای عدالت شده و با خوف عدم اجرای عدالت دستور داده شده که به یکی اکتفا نماید.

علامه طباطبایی، در ذیل جمله: «ذالكَ أدنى ألّا تعولوا» می‌گویند: و ذکر این جمله که متضمّن حکمت تشریع تعدّد زوجات است دلیل بر این است که اساس تشریع و قانونگذاری در احکام نکاح، بر عدل و نفی جور و ظلم و اجحاف در حقوق است.[۲]

در میان اهل سنّت صاحب تفسیر المنار می‌گوید: از تأمّل در دو آیهٔ سورهٔ نساء معلوم می‌شود که اباحه تعدّد زوجات در اسلام سخت محدود است و انگار ضرورتی است که اگر کسی به آن نیاز داشته باشد، به شرط اطمینان به اجرای عدالت و ایمن بودن از ستم کردن به زن، برایش جایز است[۳]. دکتر یوسف القرضاوی نیز در این خصوص می‌گوید: شرطی که در اسلام برای تعدّد زوجات وجود دارد این است که مرد مسلمان اطمینان به اجرای عدالت بین همسرانش داشته باشد و کسی که چنین اطمینانی ندارد، گرفتن بیش از یك زن بر او حرام است[۴].

البتّه منظور از اجرای عدالت، جنبهٔ بیرونی آن یعنی همان اجرای عدالت در نفقه و قَسم و حقوق واجبه است وگرنه تساوی در تمایل قلبی و محبّت باطنی، امری است که امکان‌پذیر نیست و از انسان خواسته نشده است.

---

۱. تفسیر المنار، ج ۴، ص ۳۴۸.

۲. تفسیر المیزان، ج ۴، ص ۱۸۰.

۳. تفسیر المنار، سیدمحمد رشید رضا، ج ۴، ص ۳۴۹.

۴. الحلال و الحرام فی الاسلام، دکتر یوسف القرضاوی با تعلیقات شیخ حسن محمد تقی جواهری، انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۲۹۶.

خداوند در آیهٔ دیگری از همین سوره به این معنی اشاره کرده و می‌فرماید: شما قادر نیستید بین زنها به عدالت رفتار کنید (یعنی یکسان به آنها بنگرید و تمایل داشته باشید) پس آنچه از شما خواسته شده، این است که از یکی، روی نگردانید و او را بلاتکلیف نگذارید «وَ لَن تَستَطیعوُا اَن تَعدِلوُا بَینَ النِسّاءِ ولَو حَرَصتُم فَلاتَمیلوُا کُلَّ المَیلِ فَتَذَروُها کَالمُعلَّقَه.» (نساء/۱۲۹).

چه کسی باید امکان اجرای عدالت را احراز کند؟

اگر مخاطب قرآن را در آیهٔ «... فَاِن خِفتُم اَلاّ تَعدِلوُا فَواحِدَةً...» صرفاً خود افراد بدانیم و بگوییم موضوع جنبهٔ شخصی دارد، علی‌القاعده جایی برای دخالت حکومت و دادگاه باقی نمی‌ماند و این یك امر شخصی است، مرد اگر خود اطمینان داشت که قادر به اجرای عدالت است، می‌تواند همسر جدید اختیار کند و اگر چنین اطمینانی نداشت، شرعاً حق ندارد در پی ازدواج مجدّد برآید ولی در این تشخیص، نظر مقام دیگری شرط نیست و مسئولیّت امر با خود اوست، مداخله دادگاه هنگامی مورد پیدا می‌کند که زن مدّعی شود شوهرش حقوق او را رعایت نمی‌کند.

به نظر می‌رسد، فقهای شورای نگهبان که در نظریّهٔ مورّخ ۱۳۶۳/۵/۹ خود، مجازات متعاقدین و عاقد در مورد ازدواج مجدّد بدون اخذ اجازه از دادگاه را خلاف شرع اعلام کردند.[1] همین تلّقی و برداشت را داشتند.

ولی می‌توان این احتمال را مطرح ساخت که وقتی مشروعیّت تعدّد زوجات موکول به اجرای عدالت شده و اجرا یا عدم اجرای عدالت در خانواده بازتاب اجتماعی دارد که حکومت اسلامی نمی‌تواند نسبت به آن بی‌تفاوت باشد، بخصوص وقتی آثار و علایم تخلّف مردان از رعایت این شرط، مشهود و نمایان باشد، حکومت می‌تواند مقرّر نماید که باید اطمینان از امکان اجرای عدالت در حدّ معمول به وسیلهٔ دادگاه احراز شود تا مرد مجاز به انتخاب همسر جدید باشد و هر کس از این امر تخلّف کند یعنی بدون مراجعه به دادگاه و اخذ اجازه از آن مرجع مبادرت به ازدواج مجدّد کند، اگر نگوییم ازدواجش باطل است

---

۱. ر.ك: مجموعهٔ نظریات شورای نگهبان، تدوین نگارنده، ج ۳، ص ۲۶۸.

بخصوص اگر معلوم شود توانایی اجرای عدالت را نداشته، حداقّل برای تجرّی و سرپیچی‌اش از حکم قانون می‌توان گفت قابل تنبیه است. برقراری چنین ترتیب و وضع این مقرّرات، به معنای تغییر حکم الهی و از بین بردن اباحه تعدّد زوجات نیست بلکه دخالت و اِعمال اختیار حاکم در اَعمال اختیاری مردم برای جلوگیری از مظالم و مفاسد است.

علامه طباطبائی در تفسیر **المیزان** در این خصوص می‌گویند:

«اگر حکومت اسلامی وجود داشته باشد، می‌تواند مردم را از این ستم‌هائی که به اسم تعدد زوجات، روا می‌دارند منع کند بدون اینکه حکم الهی مبنی بر مباح‌بودن تعدد زوجات را تغییر دهد، در واقع تصمیم حکومت یك تصمیم اجرایی عمومی است که برای مصلحت عموم مردم اتخاذ می‌شود، مثل موردی که کسی شخصاً تصمیم به ترك تعدد زوجات می‌گیرد و این تصمیم به منظور تغییر حکم الهی و مخالفت با آن نیست بلکه به خاطر مصلحت شخصی است که برای خود تشخیص می‌دهد و تصمیم می‌گیرد این عملی را که برای او مباح است ترك نماید.»[1]

بررسی مقررات قانون حمایت خانواده

از این رو به نظر می‌رسد تصویب و اجرای مفاد مادّهٔ ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوّب سال ۱۳۴۶ از سوی حکومت صالح اسلامی تضادّی با مبانی شرعی با توضیحی که داده شد ندارد، مادّهٔ مزبور می‌گوید:

«هر گاه مرد بخواهد با داشتن زن، همسر دیگری اختیار نماید، باید از دادگاه تحصیل اجازه کند. دادگاه وقتی اجازه اختیار همسر تازه خواهد داد که با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان، تحقیق از زن فعلی، توانایی مالی مرد و قدرت او را به اجرای عدالت احراز کرده باشد.
هر گاه مردی بدون تحصیل اجازه از دادگاه، مبادرت به ازدواج نماید، به مجازات مقرّر در مادّهٔ ۵ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ محکوم خواهد شد.»

مجازات موضوع مادّهٔ ۵ قانون ازدواج ۶ ماه تا دو سال حبس تأدیبی بود.

---

۱. تفسیر المیزان، ج ۴، ص ۲۰۷. «... فلو کان للاسلام و ال امکنه ان یمنع النّاس عن هذه المظالم التّی یرتکبونها باسم تعدّد الزّوجات و غیر ذالك من غیر ان یتغیّر الحکم الالهی باباحته، و انّما هو عزیمة اجرائیة عامّة لمصلحة نظیر عزم الفرد الواحد علی ترك تعدّد الزّوجات لمصلحة یراهان لاالتغییر فی الحکم بل لانّه حکم اباحّی له ان یعزم علی ترکه».

در اصلاحیّهٔ سال ۱۳۵۳ قانون حمایت خانواده، مادّهٔ ۱۴ قانون مزبور نیز تغییر کرد. و به جای آن مواد ۱۶ و ۱۷ قانون به شرح زیر تصویب شد:

مادّهٔ ۱۶ ـ «مرد نمی تواند با داشتن زن همسر دوّم اختیار کند مگر در موارد زیر:

۱ـ رضایت همسر اوّل

۲ ـ عدم قدرت همسر اوّل به ایفای وظایف زناشویی

۳ـ عدم تمکین زن از شوهر

۴ـ ابتلای زن به جنون یا امراض صعب العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ مادّهٔ ۸

۵ ـ محکومیّت زن وفق بند ۸ مادّهٔ ۸

۶ ـ ابتلای زن به هر گونه اعتیاد مضرّ برابر بند ۹ مادّهٔ ۸

۷ ـ ترك زندگی خانوادگی از طرف زن

۸ ـ عقیم بودن زن

۹ ـ غائب مفقودالاثر شدن زن برابر بند ۱۴ مادّهٔ ۸.»

مادّهٔ ۱۷ ـ «متقاضی باید تقاضانامه‌ای در دو نسخه به دادگاه تسلیم و علل و دلایل تقاضای خود را در آن قید نماید، یك نسخه از تقاضانامه ضمن تعیین وقت رسیدگی به همسر او ابلاغ خواهد شد. دادگاه با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان، تحقیق از زن فعلی و احراز توانایی مالی مرد و اجرای عدالت در مورد بند یك مادّهٔ ۱۶ اجازه اختیار همسر جدید خواهد داد.

به هر حال، در تمام موارد مذکور، این حق برای همسر اوّل، باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید.

هر گاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازهٔ دادگاه، مبادرت به ازدواج نماید، به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا یك سال محکوم خواهد شد، همین مجازات مقرّر است برای عاقد و سردفتر ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشند. در صورت گذشت همسر اوّلی تعقیب کیفری یا اجرای مجازات فقط دربارهٔ مرد و زن جدید موقوف خواهد شد.»

در این قانون موارد امکان درخواست ازدواج مجدّد، محدود به موارد خاصّی شده است یعنی صرف تشخیص و احراز توانایی مالی مرد و اجرای عدالت، از سوی دادگاه نمی تواند مجوّز صدور اجازهٔ ازدواج مجدّد باشد، بلکه باید، علاوه بر آن در موارد محدود و

مشخص این تقاضا صورت گیرد.

این ترتیب علی القاعده مغایر موازین شرعی است، زیرا در شرع آنچه شرط ازدواج مجدّد قرار داده شده، تنها اجرای عدالت است.

در این قانون، مجازات تخلّف، تقلیل یافته و ۶ ماه تا یك سال حبس تعیین شده ولی علاوه بر مرد، زن جدید و سردفتر ازدواج نیز در صورت عالم بودن مستوجب مجازات دانسته شده‌اند، و ضمناً در مورد مرد و زن جدید، مجازات جنبهٔ خصوصی پیدا کرده و با گذشت زن اوّل، تعقیب یا اجرای مجازات موقوف شده است.

همچنین در این قانون پیش‌بینی شده که حتّی با رضایت زن برای ازدواج مجدّد، درصورت وقوع ازدواج، زن اوّل حقّ درخواست گواهی عدم امکان سازش و اجازهٔ طلاق را دارد، در صورتی که در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ وفق بند ۳ مادّهٔ ۱۱، در صورتی که زوج بدون رضایت همسر اوّل زن دیگری اختیار می کرد، این حق برای همسر اوّل به وجود می آمد.

مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت خانواده، هرچند نسخ نشده‌اند ولی از یك طرف با اعلام غیرشرعی بودن مجازات مقرّر در آنها از سوی شورای نگهبان و از طرف دیگر مغایرت برخی از مقرّرات آنها با موازین شرع، تقریباً خاصیّت خود را از دست داده‌اند و دادگاههای مدنی خاص هم چندان تمایلی به اجرای دقیق آنها ندارند و همان‌طور که قبلاً اشاره شد، به‌نظر می‌رسد، لازم باشد مقرّراتی شبیه مادّهٔ ۱۴ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ تنظیم و تصویب و به مرحلهٔ اجرا در آید.

تعدّد زوجات در قوانین برخی از کشورهای اسلامی

در بین کشورهای اسلامی کشور تونس تعدّد زوجات را ممنوع و آن را جرم تلّقی می‌نماید، وفق مادّهٔ ۱۸ قانون احوال شخصیّه، ازدواج مجدّد مجازات یك سال حبس و ۲۴۰ هزار فرانك جریمه یا یکی از آن دو مجازات را در پی دارد. و وفق مادّهٔ ۲۱ همان قانون، ازدواج دوّم که بدون انحلال ازدواج اوّل صورت می گیرد، باطل است.[۱]

---

۱. مجلهٔ احوال شخصیّه، چاپ سوّم، ۱۹۵۸، محمد طاهر سنوس.

قانون احوال شخصیّه سوریه تعدّد زوجات را مجاز می داند ولی به قاضی اجازه داده است که اگر تشخیص داد مرد قادر به دادن نفقه به بیش از یك زن نیست، به او اجازهٔ ازواج مجدّد ندهد.[۱] در عین حال در مقدّمه قانون مزبور، که وضع چنین مادّه‌ای را توجیه می کند، تصریح شده که اگر چنین ازدواجی واقع شد، به هر حال حکم بر صحّت آن می شود و باطل نیست،[۲] همان گونه که از نظر حقوقدانان ما و وفق رویّهٔ قضایی حتّی با وجود حکومت قانون حمایت خانواده در صورتی که کسی بدون اجازهٔ دادگاه، ازدواج مجدّد نماید، ازدواج دوّم او باطل نیست و صرفاً مجازات کیفری را در پی دارد.[۳]

قانون خانواده الجزایر نیز تعدّد زوجات را در حدود موازین اسلامی و به شرط وجود وجه شرعی و شرط اجرای عدالت مجاز ولی مراجعه به دادگاه را لازم نمی داند ولی به هر یك از زن سابق و لاحق، این حق را داده است که اگر شوهر به آنها دروغ گفته و فریبشان داده باشد به دادگاه مراجعه نمایند و درخواست طلاق کنند.[۴]

در مالزی، طبق قوانین برخی از ایالات، مرد برای ازدواج مجدّد باید قبلاً از قاضی مربوطه یا شورای علما اجازه دریافت کند[۵] ولی در برخی از ایالات، چنین محدودیّتی برای ازدواج مجدّد وجود ندارد.*

---

۱. مادّهٔ ۱۷ قانون احوال شخصیّه سوریه می گوید: «للقاضی ان لا یأذن للمتزوج بان یتزوّج علی امرأته اذا تحقق انّه غیر قادر علی تنفقتهما».

۲. منبع فوق، ص ۷ مقدمه.

۳. حقوق خانواده، دکتر کاتوزیان، ج اوّل، صص ۱۲۰ ـ ۱۲۱؛ همچنین ر.ك: حقوق خانواده. دکتر صفایی و دکتر امامی، ج اوّل، ص ۱۳۳.

۴. قانون الاسرة، مادّهٔ ۸.

۵. حقوق خانواده در مالزی و سنگاپور، نوشتهٔ احمد ابراهیم، ص ۲۰۷.

* . این مقاله در شمارهٔ ۱۷ ـ ۱۶ مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی در بهار ۱۳۷۵ منتشر شده است.

وضعیت متفاوت زن و مرد نسبت به انحلال نکاح در حقوق ایران و مبانی فقهی آن

مقدمه

یکی از تلاشهای طرفداران تساوی حقوق زن و مرد، تثبیت و قانونی کردن این امر است که زن و مرد هم در مورد ایجاد علقه زناشویی و عقد نکاح از وضعیت یکسانی برخوردارند یعنی قصد و اراده و رضای هر یك از آن دو شرط صحت نکاح است و هم در مورد انحلال نکاح، یعنی در زمینه بهم زدن نکاح اعم از فسخ یا طلاق نیز از اختیار و وضعیت یکسانی برخوردار بوده و محدودیتهای قانونی نیز اگر وجود دارد، یکسان، هر دو را در بر می گیرد. در این راستا بند ۴ ماده ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی می گوید: «دولتهای طرف این میثاق تدابیر مقتضی به منظور تأمین تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد.» ذیل بند ۱ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز مقرر می دارد:

«... در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر، در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی هستند.» شق ج بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز بر تساوی حقوق و مسئولیت‌های مرد و زن در خلال ازدواج و در انحلال آن تأکید می نماید.[1]

در حقوق ایران، نکاح، عقد است که باید با قصد و رضای طرفین یعنی زن و مرد

---

۱. متن شق ج بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان بدین صورت است:

(C) - The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution

تحقق پیدا کند و می توان گفت حق مساوی زن و مرد برای ایجاد علقه زوجیت و منعقد ساختن نکاح تأمین شده است، البته برخی محدودیتها از قبیل لزوم اجازه ولی در نکاح دختر باکره یا ممنوعیت مطلق ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان و محدودیت ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی وجود دارد که قبلاً از آنها بحث کردیم (همین کتاب صفحه ۵۱ به بعد) ولی تساوی زن و مرد برای انعقاد نکاح از جهت اینکه قصد و رضای هر دو طرف لازم است و بدون آن چه از ناحیه زن و چه از ناحیه مرد، عقد نکاح محقق نمی‌شود، تأمین شده است. ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی می گوید: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.» و ماده ۱۰۷۰ همان قانون تصریح می‌نماید: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و ماده ۱۰۷۱ مقرر می‌دارد: هر یك از زن و مرد می‌تواند برای عقد نکاح، وکالت به غیر بدهد.» ولی در خصوص انحلال نکاح تفاوتهایی بین حدود اختیار زن و مرد وجود دارد که در این نوشته مقداری به آنها خواهیم پرداخت.

به غیر از بطلان نکاح که عقد را از ابتدا بی‌اعتبار می کند و فوت یکی از زوجین که عامل طبیعی جدایی زن و شوهر است و انقضای مدت و بذل مدت که مخصوص نکاح منقطع است و فعلاً مورد بحث ما نیست، اصولاً در حقوق ایران انحلال نکاح تحت دو عنوان: فسخ و طلاق صورت می گیرد و ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود.» بحث ما در این نوشته پیرامون دو موضوع فسخ نکاح و طلاق که در واقع از عوامل ارادی بر هم زدن عقد نکاح هستند و حدود اختیار هر یك از زن و مرد در استفاده از این دو عامل و تفاوتهایی که بین آن دو وجود دارد با عنایت به مبانی فقهی آن خواهد بود و بنابر این موضوع را در دو بخش فسخ و طلاق مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

بخش اول: فسخ نکاح

مبحث اول: ویژگی های کلی فسخ نکاح و تفاوت آن با طلاق

با اینکه ایجاد نکاح به‌صورت عقد و بر مبنای توافق دو طرف آن یعنی زن و مرد و

قصد و رضای آنها صورت می گیرد، ولی انحلال آن با صرف توافق طرفین به مفهوم مصطلح آن یعنی اقاله پذیرفته نشده است بلکه منحل شدن نکاح علی‌الاصول با عمل یکجانبه حقوقی و به صورت ایقاع صورت می‌پذیرد یعنی همان‌طور که گفتیم یا به‌وسیله فسخ است که با عمل ارادی یکجانبه زن یا شوهر صورت می گیرد یا به صورت طلاق است که آنهم در حقوق ما ایقاع و عمل حقوقی یکجانبه شوهر می‌باشد.

فسخ نکاح، مانند فسخ هر عقد لازم دیگری، اختیاری است که در موارد معینه‌ای طبق قانون به یکی از طرفین عقد داده شده که به موجب آن می تواند عقد را به هم بزند و ادامه وجود عقد و آثار آن را از زمان فسخ متوقف نماید. در مورد فسخ، فرض بر این است که عقد، صحیحاً واقع شده و آثار و نتایج مترتبه برخود را دارد[۱] ولی یا بر مبنای قرارداد و شرط طرفین و یا به‌لحاظ وجود وضعیتی که ادامه عقد، موجب زیان یکی از طرفین می‌شود[۲]، طرف عقد حق دارد آن را فسخ نماید و به حیاتش پایان دهد. درعقد نکاح حق خیار فسخ براساس توافق طرفین و قراردادن شرط خیار فسخ پذیرفته نشده است و ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی تصریح می‌نماید که: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...»

موارد معینه قانونی که به یکی از طرفین اختیار می‌دهد عقد نکاح را فسخ کند نیز نسبت به سایر عقود و قراردادها محدودتر است، اصولاً می توان گفت طبق قانون مدنی دوچیز عامل پدید آمدن حق فسخ نکاح است: ۱ـ عیب، ۲ـ تخلف از شرط صفت، البته عنوان دیگری هم در فقه موجب حق فسخ شمرده شده که عبارت است از تدلیس؛ این عنوان در قانون مدنی نام برده نشده ولی می تواند در بسیاری از موارد تحت عنوان عیب یا تخلف از شرط صفت قرار گیرد و به‌هرحال اگر آن را عنوان مستقلی بگیریم می توان گفت: فقط سه عامل: عیب، تخلف از شرط صفت و تدلیس می تواند در نکاح موجب فسخ باشد.

---

۱. ر. ك: **حقوق مدنی**، دکتر سیدحسن امامی، ج اول، چاپ تهران، ۱۳۷۱، ص ۱۷۸: «... عقد قابل فسخ، عقدی است که صحیحاً منعقد شده ولی کسی که حق خیار به نفع او برقرار شده، می تواند آن را به نفع خود برهم زند...» و ص ۱۷۹: «... در قانون ایران از زمانی که صاحب حق خیار از حق خود استفاده می‌نماید و معامله را فسخ می کند، عقد منحل می‌شود و نتیجتاً از ادامه اثر عقد جلوگیری می گردد، بدون اینکه نسبت به آثار حقوقی معامله قبل از زمان انحلال تأثیری کند.» و ص ۵۴۶.

۲. ر. ك: **قواعد عمومی قراردادها**، دکتر کاتوزیان، ج پنجم، چاپ اول، آذرماه ۱۳۶۹، ص ۶۲.

۱ـ عدم لزوم مراجعه به دادگاه برای اعمال حق فسخ

در حقوق ایران، فسخ عقد و از جمله فسخ عقد نکاح نیاز به رسیدگی و حکم دادگاه ندارد بلکه با اعلام اراده دارنده حق فسخ، عقد منفسخ می گردد، دخالت دادگاه می تواند برای تأیید وجود حق فسخ مفید باشد و در نتیجه تصمیم دادگاه در این خصوص جنبه اعلامی دارد، و در جهت اجبار طرف به اجرای آثار فسخ به کار می آید.[1]

اینکه فسخ عقد و بویژه فسخ عقد نکاح که در این مقال، مورد بحث ماست نیاز به رسیدگی و حکم دادگاه ندارد، قول مشهور نزدیك به اجماع فقهای امامیه است، محقق حلی در کتاب شرایع می گوید: مرد و همچنین زن، می تواند بدون مراجعه به حاکم، عقد نکاح را فسخ نماید (البته در صورت وجود موجب فسخ) فقط در موردی که زن به استناد ناتوانی جنسی مرد یعنی عنّین بودن او می خواهد نکاح را فسخ نماید باید به دادگاه مراجعه نماید آن هم بدین منظور که از تاریخ مراجعه به دادگاه، دادگاه مدت یك سال ضرب الاجل تعیین کند که اگر در این مدت مرد توان انجام عمل جنسی را پیدا کرد موضوع حق فسخ منتفی است و اگر این توانایی را پیدا نکرد حق فسخ برای زن ثابت است و با انقضاء ضرب الاجل تعیین شده از سوی دادگاه زن می تواند مبادرت به فسخ عقد نکاح نماید و برای فسخ نیازی به حکم دادگاه نیست «...و لها التفرد بالفسخ عند انقضائه و تعذر الوطی...»[2] و شهید ثانی در شرح بیان محقق می گوید چون نصوص دلالت بر این دارد که فسخ حق ثابت برای هر یك از زوجین است در صورت وجود موجبات آن، بنابر این، اعمال حق نیازی به حضور حاکم و یا گرفتن اذن از او ندارد و قول مشهور بین فقهای امامیه همین است، از بین فقهای امامیه ابن جنید اعمال حق فسخ را منوط به حکم حاکم دانسته و شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط، نظرات متفاوت و غیر قطعی ای ابراز

---

۱. حقوق مدنی، دکتر امامی، ج اول، ص ۵۴۵: «... در تحقق فسخ حضور حاکم و رسیدگی دادگاه لازم نمی‌باشد، زیرا اعمال حق احتیاج به رسیدگی قضایی ندارد...»؛ **قواعد عمومی قراردادها**، ج پنجم. ص ۴۹: «در حقوق ما فسخ عمل قضایی نیست و با اراده صاحب خیار صورت می‌پذیرد و دادگاه اعلام می کند که مدعی خیار فسخ داشته است یا نه؟ از این رو است که فسخ عقد از تاریخ اعلان اراده صاحب حق واقع می‌شود نه از تاریخ تأیید دادگاه...»

۲. متن شرایع از: **مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۸ از انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیة ص ۱۲۷ و نیز **جواهر الکلام**، ج ۳۰، ص ۳۴۴ و **نهایة المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام** از سید محمدعاملی صاحب مدارك، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۱، ص ۳۳۹.

نموده؛ گاه اعمال حق فسخ را بدون حکم حاکم جایز ندانسته و گاه گرفتن حکم حاکم را موافق با احتیاط اعلام کرده و گاه اعمال آن را بدون حکم دادگاه تجویز نموده است.[۱]

۲- نظر متفاوت اهل سنت و قوانین سایر کشورهای اسلامی

فقهای اهل سنت و به تبع آن قوانین کشورهای عربی، عموماً اعمال حق فسخ در نکاح را منوط به مراجعه به دادگاه کرده و باحکم دادگاه مجاز می‌دانند، مخصوصاً در مورد فسخ به علت وجود عیب در زن یا مرد. و اساساً یکی از فرقهای انحلال نکاح به‌وسیله طلاق و به‌وسیله فسخ را لزوم گرفتن حکم دادگاه در مورد فسخ می‌دانند. از جمله می‌توان به نظر فقیهان مذاهب چهارگانه شافعی، حنبلی، حنفی و مالکی اشاره کرد که بویژه در مورد فسخ در اثر عیب تصریح می‌کنند جز به وسیله حاکم و حکم قاضی نمی‌توان نکاح را فسخ کرد.[۲]

قانون احوال شخصیه کویت در ماده ۱۰۰ مقرر می‌دارد: در همه حال فسخ نکاح موقوف به حکم قاضی است و قبل از صدور حکم از سوی قاضی فسخ تحقق پیدا می‌کند.[۳]

در بسیاری از قوانین احوال شخصیه کشورهای عربی اصولاً نامی از فسخ نکاح به‌میان نیامده و بر هم زدن عقد به لحاظ وجود عیب یا مثلاً تخلف از شرط وصف و امثال آنها

---

۱. مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۸، صص ۱۲۷ و ۱۲۸ و کتاب المبسوط، شیخ طوسی، ج ۴، صص: ۲۵۳، ۲۶۳، ۲۴۹، شیخ طوسی در صفحه ۲۴۹ می‌گوید نظر مخالفین (اهل سنت) این است که فسخ باید به وسیله حاکم صورت گیرد ولی از نظر ما اشکالی ندارد که خود مرد یا زن حسب مورد، اعمال فسخ نمایند، در صفحه ۲۵۳ ابتدا تأکید می‌کند که فسخ نکاح به خاطر عیب باید از سوی حاکم صورت گیرد ولی بعد می‌گوید: بنا به مذهب ما می‌تواند خود فسخ کند ولی اگر به‌وسیله حاکم صورت گیرد به احتیاط نزدیکتر است و در صفحه ۲۶۳ در مورد عنن مرد باز، گرایش خود را به اینکه فسخ باید به‌وسیله حاکم صورت گیرد ابراز داشته است.

۲. ر.ك: الفقه الاسلامی و ادلته، وهبه زحیلی، انتشارات دار الفکر، دمشق، چاپ سوم، ۱۹۸۹، ج ۷، صص ۳۴۸ تا ۳۵۵: عباراتی چون: «ولا یفسخ الزواج الاحاکم» یا: «... و یفسخ العقد عندالجمهور بسبب هذه العیوب بعد رفع الامر الی الحاکم.» و...

۳. قانون الاحوال الشخصیه کویت از انتشارات مجلس الوزراء، اداره قوانین، سال ۱۹۸۴، ص ۳۱، ماده ۱۰۰: «۱- یتوقف الفسخ فی جمیع الاحوال علی قضاء القاضی ولایثبت له حکم قبل القضاء.»

را تحت عنوان طلاق و به عنوان یکی از علل درخواست طلاق و یا تحت عنوان خیار تفریق ذکر کرده‌اند و در هر حال مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم دادگاه مبنی بر طلاق یا تفریق را ضروری می‌دانند. قانون خانواده الجزایر در ماده ۵۳ به زن حق می‌دهد که در صورت وجود عیوبی که مانع تحقق هدف از دواج است از دادگاه درخواست طلاق نماید و اصولاً از فسخ نکاح نامی به میان نیاورده است.[1]

قوانین احوال شخصیه سوریه، عراق و لبنان تحت عنوان خیار تفریق یا درخواست تفریق وجود برخی عیوب را از موجبات درخواست صدور حکم جدایی از دادگاه دانسته‌اند.[2]

به هر صورت قانون مدنی ایران، انحلال نکاح دائم را تحت عنوان: فسخ و طلاق مشخصاً ذکر نموده و مواردی را که هر یك از زن و مرد می‌تواند نکاح را فسخ نماید مشخص کرده است و از لزوم مراجعه به دادگاه برای گرفتن حکم فسخ نیز سخنی به میان نیاورده است بلکه به گونه‌ای مطلب را بیان نموده که به روشنی می‌رساند مراجعه به دادگاه لازم نیست و ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود، به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد، تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده، به نظر عرف و عادت است.»

طبق ماده ۱۱۳۲: «در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است شرط نیست.» بنابراین اگر طلاق، ایقاعی است که فقط از ناحیه شوهر می‌تواند صورت گیرد و با توجه به مقررات رایج فعلی (ماده واحده اصلاح قانون طلاق مصوب سال ۱۳۷۱) برای واقع ساختن آن باید گواهی عدم امکان سازش از دادگاه اخذ شود و باید در طهر غیر مواقعه با الفاظ مخصوص و در حضور دو شاهد عادل واقع شود، در فسخ این ترتیبات لازم نیست یعنی فسخ نکاح ایقاعی است که هم از سوی مرد و هم از سوی زن می‌تواند اعمال شود، و

---

۱. قانون الاسرة، الجزایر، سال ۱۹۸۴، ص ۱۴.

۲. قانون احوال شخصیه سوریه، مصوب سال ۱۹۵۳ ماده ۱۰۵، قانون احوال شخصیه عراق با اصلاحات آن چاپ سال ۱۹۹۱ ماده ۴۳، قانون احوال شخصیه لبنان مواد ۱۱۹ تا ۱۲۵.

نیازی به لفظ خاص ندارد بلکه طبق ماده ۴۴۹ قانون مدنی، فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود، مراجعه به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش و استماع دو شاهد عادل و مراعات وضعیت زن از لحاظ بودن در طهر غیر مواقعه نیز لازم نیست.

مبحث دوم: موجبات فسخ نکاح در قانون مدنی و تفاوتهای موجود بین زن و مرد

چنانکه پیشتر گفتیم در قانون مدنی ایران از دو امر به‌عنوان موجب فسخ نکاح سخن رفته است یکی وجود عیب در یکی از زوجین و دیگری تخلف از شرط وصف، در اینجا توضیح کوتاهی در مورد موجب دوم می‌دهیم و بحث بیشتر را روی موجب اول که در استفاده از آن تفاوتهایی بین زن و مرد وجود دارد قرار خواهیم داد:

۱ـ تخلف از شرط صفت

ماده ۱۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.»

مستفاد از این ماده قانونی این است که طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر صفتی را که جنبه عقلائی داشته باشد در عقد نکاح شرط نمایند اعم از اینکه وصف مزبور مربوط به‌وجود نوعی صفت کمال یا فقدان عیب و نقص و خواه ناظر به جنبه‌های جسمی و روحی طرف یا امور عارضی و خارجی باشد و بعد از عقد خلاف آن معلوم شود طرف دیگر به استناد تخلف از شرط صفت می‌تواند عقد نکاح را فسخ نماید. ممکن است وجود صفتی، صراحتاً در ضمن عقد نکاح شرط نشود ولی عقد مبتنی بر وجود وصفی در یکی از زوجین منعقد گردد که اگر آن صفت را نداشت، طرف نکاح را منعقد نمی‌نمود. دراین صورت نیز طبق ذیل ماده ۱۱۲۸ اگر معلوم شد طرف فاقد آن وصف است، مشروط

له می تواند نکاح را فسخ نماید.[۱]

در کتب فقهی نیز ضمن طرح مسأله تدلیس در نکاح و اینکه تدلیس یعنی نمایاندن صفت کمال یا پوشاندن عیب و نقص، موجب حق فسخ برای طرف دیگر می شود از قرار دادن شرط صفت در نکاح نیز بحث نموده و تخلف از آن را موجب حق فسخ دانسته اند و بلکه اثبات تدلیس را همانا قرار دادن شرط صفت کمال و موجود نبودن آن صفت دانسته اند.[۲]

حتی موضوع وقوع عقد نکاح متبانیاً بر شرطی بدون ذکر صریح آن در عقد را نیز مطرح نموده و موجب حق فسخ دانسته اند و مثالها و مصادیقی را در این رابطه ذکر کرده اند مثل اینکه مردی با زنی ازدواج کند با این شرط و اعتبار که آزاد است و معلوم شود کنیز است یا زنی با مردی با این شرط و قرار که آزاد است تزویج کند و معلوم شود مرد برده است، حسب مورد، مرد یا زن حق دارد نکاح را فسخ کند.[۳] و یا اگر مردی با زنی ازدواج کند و شرط کند که باکره باشد ولی معلوم شود، باکره نبوده، به لحاظ فقدان شرط، مرد می تواند نکاح را فسخ نماید. صاحب جواهر که این مطلب را بیان می کند، تصریح می نماید که جهت داشتن حق فسخ فقدان شرطی است که مورد توافق طرفین بوده و فایده قرار دادن این شرط این است که تخلف از آن برای طرف دیگر ایجاد حق فسخ می کند، و می گوید ظاهراً در این امر اختلافی وجود ندارد.[۴]

صاحب جواهر متذکر می شود حتی اگر وجود بکارت به صورت شرط در عقد ذکر نشده باشد، ولی بنا بر وجود آن بوده و با تدلیس، وجود آن صفت نمایانده شده است بعید

---

۱. حقوق مدنی، دکتر امامی، ج ۴، ص ۴۷۱، حقوق مدنی خانواده، دکتر کاتوزیان، ج اول، چاپ دوم، ص ۲۸۵.

۲. شهید ثانی در مسالك الافهام، ج ۸، ص ۱۳۹ در مقام بیان فرق بین خیار عیب و خیار تدلیس در نکاح می گوید: «والفرق بینه و بین العیب ان التدلیس لایثبت الا بسبب اشتراط صفة کمال هی غیر موجودة، او ما هو فی معنی الشرط و لولاه لم یثبت الخیار... فمرجع التدلیس الی اظهار ما یوجب الکمال او اخفاء ما یجب النقص و منشاء الخیار فوات مقتضی الشرط او الظاهر»؛ شیخ انصاری نیز با بیانی شبیه به همین بیان در معنی تدلیس و اثر قرار دادن شرط و اینکه به خاطر قرار دادن شرط در متن عقد یا وقوع عقد مبتنی بر آن و تخلف از آن، طرف به مقتضای شرط حق فسخ دارد می گوید: «... فله الفسخ عملا بمقتضی الشرط اذ لیس فایدته الاالتسلط علی الفسخ مع عدمه، (مکاسب، ص ۳۹۸).

۳. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق حلی، ج اول (دو جلدی)، ص ۵۴۳ و ۵۴۴.

۴. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۷۶: «اذا تزوج امرأة و شرط کونها بکرا فوجدها ثیبا و ثبت بالاقرار او البینة سبق ذالك علی العقد کان له الفسخ لانتفاء الشرط الذی قد عرفت ان فائدته ذالك و لعله لاخلاف فیه.» شهید ثانی نیز در مسالك، ج ۸،

←

نیست که بگوییم حق فسخ برای مرد وجود دارد.[۱]

در هر صورت در خصوص وجود حق فسخ به لحاظ تخلف از شرط وصف، طبق قانون مدنی و نیز بر اساس مستفاد از نظر فقهاء فرقی بین زن و مرد نیست و هر یك می تواند وجود صفت یا صفاتی را در دیگری شرط نماید و در صورت تخلف از شرط و موجود نبودن آن وصف عقد نکاح را فسخ نماید.

۲ـ وجود عیب

چنانکه گفتیم یکی از موجبات فسخ نکاح وجود برخی عیوب جسمی و یا روحی در یکی از طرفین عقد است که به طرف دیگر حق می دهد نکاح را فسخ نماید. قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور بین فقهای امامیه که بخصوص از زمان محقق صاحب شرایع به بعد به‌صورت یکنواخت بیان شده عیوب موجب فسخ نکاح را به سه دسته تقسیم کرده است:

الف ـ عیوب مشترک: یعنی عیوبی که در هر یك از زن و مرد ممکن است وجود داشته باشد و در هر یك باشد، برای دیگری حق فسخ وجود دارد. قانون مدنی فقط جنون را به عنوان عیب مشترك بیان کرده و در ماده ۱۱۲۱ می گوید: «جنون هر یك از زوجین به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.» تنها تفاوتی که در این مورد بین زن و مرد وجود دارد و قانون مدنی در واقع رعایت حال زن را کرده است، این است که

→

ص ۱۴۸ همین نظر و همین مبنا را پذیرفته است و می گوید: «و ان تحقق سبقها (الثیبوبة) علی العقد فالاقوی تخیره فی الرد لفوات الشرط المقتضی للتخییر کنظائره.» شیخ انصاری نیز بر همین نظر است و می گوید: ... «لایحکم بالخیار الا ان یعلم سبق الثیبوبة علی العقد» (ملحقات مکاسب ص ۳۹۹) همچنین ر.ك: امام خمینی(ره) **تحریرالوسیله**، ج ۲، ص ۲۹۶ که همین نظر را ابراز داشته‌اند و نیز آیت‌الله گلپایگانی: **مجمع‌المسائل**، ج ۲، ص ۲۰۲ ایشان در پاسخ سؤالی در این زمینه می‌فرمایند: «در صورتی که در عقد ازدواج شرط ایرانی بودن زوج شده باشد یا به نحوی توصیف نموده که عقد مبنی بر آن وصف واقع شده که به منزله شرط ضمنی بوده و بعد تخلف وصف ظاهر و واضح شده، زن اختیار فسخ عقد را دارد...»

البته برخی از فقهاء هم، باکره نبودن زن را ولو به صورت شرط ضمن عقد آمده باشد موجب حق فسخ ندانسته‌اند، از جمله: آیت‌الله خوئی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۷۱، مسأله ۱۳۴۹.

۱. پیشین، ص ۳۷۷: «بل لا یبعد ثبوت الخیار معه و ان لم یذکر ذالك شرطا فی متن العقد».

اگر جنون مرد بعد از عقد هم حادث شود زن حق دارد نکاح را فسخ کند (ماده ۱۱۲۵: جنون و عنن در مرد هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب فسخ برای زن خواهد بود) در حالی که جنون زن در صورتی برای مرد ایجاد حق فسخ می کند که در حال عقد وجود داشته باشد (ماده ۱۱۲۴).

ب ـ عیوب مختص مرد: قانون مدنی وجود سه عیب جسمانی در مرد که مانع انجام عمل جنسی به نحو صحیح از جانب او می‌شود را موجب حق فسخ برای زن دانسته است.

ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰ می گوید: عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود:

۱ـ خصاء

۲ـ عنن به شرط اینکه ولو یك بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

۳ـ مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

خصاء به معنای اخته بودن مرد است و فرد مبتلا به این عیب را اخصی می گویند، عنن به معنای ناتوانی جنسی مرد به لحاظ عدم انتشار آلت تناسلی اوست و مرد مبتلا به این مرض را عنّین می گویند. مقطوع بودن آلت تناسلی نیز معنایش روشن است. در عربی به آن جَبّ به معنای قطع و فرد مبتلا را مجبوب می گویند. عیوب ردیف ۲ و ۳ مانع انجام عمل جنسی از سوی مرد هستند ولی عیب ردیف یك ممکن است مانع نزدیکی نباشد ولی مردِ دارای این عیب فاقد منی می باشد و قادر بر انزال نیست. در هر حال از نحوه بیان قانون مدنی چنین بر می آید که تنها در صورت وجود این سه عیب در مرد به اضافه جنون که عیب مشترك است، زن حق دارد نکاح را فسخ کند البته به شرط اینکه در هنگام عقد موجود بوده، و زن از وجود آنها آگاه نبوده است. در مورد عَنَن اگر بعد از عقد هم حادث شود مشروط بر اینکه قبل از دخول باشد، طبق ماده ۱۱۲۵ حق فسخ برای زن خواهد بود. وجود هیچ عیب جنسی و جسمی دیگر در مرد به زن حق فسخ نکاح نمی دهد.

ج ـ عیوب مختص زن: قانون مدنی در ماده ۱۱۲۳ وجود شش عیب را در زن موجب حق فسخ نکاح برای مرد دانسته است که عبارتند از:

۱ ـ قَرَن

۲ ـ جذام

۳ـ برص

۴ـ افضاء

۵ـ زمین گیری

۶ـ نابینایی از هر دو چشم

این عیوب نیز به حکم ماده ۱۱۲۴ در صورتی که در هنگام عقد در زن وجود داشته باشند و مرد بر وجود آنها آگاه نباشد به او حق فسخ می‌دهند. از این شش عیب دو عیب یعنی قَرَن که به معنای استخوان یا گوشت زایدی است در دهانه آلت تناسلی زن و مانع عمل نزدیکی می‌شود (رَتَق و عَفَل نیز تقریباً به همین معنی و دارای همین حکم است) و افضاء که به معنای یکی شدن مجرای بول و حیض است از عیوبی است که فقط در زن وجود دارد و به‌نحوی انجام عمل جنسی را غیر ممکن یا مختل می نماید.

ولی چهار عیب دیگر، یعنی جذام به معنای خوره که بیماری خطرناك و مسری است و برص که به معنای پیسی است و مسری نمی‌باشد و زمین گیری و نابینایی از هر دو چشم هم که معنایشان روشن است عیوبی جسمانی هستند که می‌تواند هم در زن و هم در مرد وجود داشته باشد ولی قانونگذار وجود آنها را در مرد موجب حق فسخ برای زن ندانسته است.

مبحث سوم: حکم تبعیض آمیز قانون مدنی و بررسی مبنای فقهی آن

طبیعتاً حکم مقرر در قانون مدنی در مورد حق فسخ برای زن و مرد، تبعیض‌آمیز به نظر می‌رسد و توجیه منطقی هم برای آن به نظر نمی‌رسد، چگونه می‌توان این امر را توجیه کرد که مرد با وجود اینکه اختیار طلاق را در دست دارد و طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی هر وقت بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق دهد در صورت مبتلا بودن زن به امراض و عیوبی چون جذام و برص، و نابینایی و زمین‌گیری می‌تواند از طریق سهل‌ترِ فسخ نیز استفاده کند ولی زن که اختیار طلاق را هم در دست ندارد در صورت مواجه شدن با شوهر جذامی که بیماری خطرناك و مسری دارد یا شوهر نابینا و زمین‌گیر که

طبعاً در مدیریت او نسبت به خانواده و تأمین معیشت اثر منفی دارد نتواند از این حق فسخ استفاده کند و ناگزیر باشد با آن وضع بسازد.

البته حکم قانون مدنی چنانکه قبلاً گفتیم متکی بر نظر مشهور فقهای امامیه است که آنها هم به استناد روایات وارده در این باب به این ترتیب فتوی داده‌اند. در قدیمی ترین متون فقهی امامیه که معمولاً مضمون احادیث را نقل می کنند مانند **مقنعه** شیخ مفید و **نهایه** شیخ طوسی تا کتب فقهی فقیهان معاصر تقریباً همه به همین ترتیب مطلب را نقل کرده‌اند. شیخ طوسی در کتاب **نهایه** می گوید: هر گاه مردی با زنی ازدواج کرد و ملتفت شد که او دارای جذام یا برص است یا نابیناست یا دارای رتق (تقریباً به همان معنا قرن) است یا افضاء شده یا لنگ و یا دیوانه است می تواند او را بدون طلاق رد کند، یعنی نکاح را فسخ نماید.[1] ولی وجود هیچیك از این عیوب در مرد موجب حق فسخ نمی شود جز در مورد جنون و عنن مرد که می توان نکاح را فسخ کرد همچنین در صورت خصی بودن مرد، زن می تواند نکاح را فسخ نماید.[2]

نظیر همین بیان را شیخ مفید در **مقنعه** دارد و امام خمینی (ره) و آیت‌الله خویی از فقیهان معاصر نیز شبیه همین نظر را ارایه داده‌اند.

مستند فقهاء در حکم به جواز فسخ نکاح در موارد مزبور، روایات خاصه وارده در این باب و تا حدودی حکم کلی مستفاد از قاعده لاضرر[3] و تأثیر محدود اراده طرفین بویژه در رابطه با فسخ در اثر تخلف از شرط وصف می‌باشد.[4]

---

۱. **النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی**، شیخ طوسی، ص ۴۸۵: «و اذا تزوج الرجل بامرأة فوجدها برصا، اوجذماء او عمیاء، اورتقاء او مفضاة او عرجاء او مجنونة کان له ردها من غیر طلاق.»

۲. همان: ص ۴۸۶ و ۴۸۷، همچنین ر.ك. مقنعه، شیخ مفید، ص ۵۱۹ و از معاصرین: امام خمینی، **تحریر الوسیله**، ج ۲، ص ۲۹۳، امام خمینی، لنگی آشکار و مشخص را در زن نیز از موجبات حق فسخ می‌دانند و تصریح می کنند که وجود جذام و برص در مرد، برای زن ایجاد حق فسخ نمی کند.

۳. مبتنی بودن حق فسخ بر اساس قاعده لاضرر و لزوم رفع ضرر مخصوصاً در کلام شهید ثانی در مورد اظهار نظر بر جواز فسخ نکاح از سوی زن در صورت مبتلا بودن شوهر به جذام مشهود است که به تفصیل در متن به آن خواهیم پرداخت؛ شیخ انصاری در پی نقل قول شهید ثانی وجود ضرر و مؤثر بودن آن را نفی نمی کند ولی اظهار نظر می کند که در اینجا، الزاماً رفع ضرر ملازم با دادن حق فسخ به زن نیست بلکه می توان با اجبار زوج به طلاق از سوی حاکم، این ضرر را مرتفع نمود. (ملحقات مکاسب، ص ۳۹۶).

۴. پیشین، ص ۳۹۸.

در قرآن کریم با وجود اینکه احکامی از نکاح و طلاق در سوره‌های مختلف چون بقره، نساء و طلاق بیان شده است از فسخ نکاح به وسیله یکی از زوجین سخنی به میان نیامده است ولی در روایات منقوله از ائمه(ع)، به مواردی که می‌شود نکاح را رد یعنی فسخ نمود و عمدتاً همان مواردی است که بیان کردیم اشاره شده است. بسیاری از این روایات هم در مقام پاسخ به سؤال بوده یعنی طرف موردی را پرسش نموده و امام بدان ترتیب پاسخ داده است. در این روایات منقوله تصریحی به وجود حق فسخ برای زن در مورد برخی عیوب چون نابینایی و زمین گیری و... نشده است، در بعضی از روایات هم پس از شمردن برخی از عیوب مرد چون جنون، خصاء، عنن و اینکه زن در این موارد می‌تواند نکاح را رد کند، تصریح شده که به غیر از این عیوب، نکاح، رد نمی‌شود.

به نظر می‌رسد مشهور فقهاء با توجه به اصل لزوم در عقد و وضعیت خاص نکاح که آن را از دیگر عقود متمایز می‌کند و حتی الامکان باید پایدار باشد، جواز فسخ و بر هم زدن نکاح را موکول به وجود نص و مستند نقلی حاکی از تجویز شارع می‌دانند و جایگاهی برای توجیهات عقلی و منطقی و ملاحظات اجتماعی و انسانی و استدلالات مبتنی بر مصلحت و قیاس و استحسان قائل نیستند و لذا برای قائل شدن حق فسخ نکاح برای مرد یا زن در جستجوی وجود نص روایی هستند و در استفاده از روایات نیز به جای توجه به حکمت و مصالح آن بر دلالت لفظی روایات جزمیت نشان می‌دهند. این نوع بینش در فهم و بیان احکام اجتماعی اسلامی در برخی از موارد نتایج ناخوشایند و تبعات غیر قابل قبولی را در پی خواهد داشت، و چون به هیچوجه مقتضیات زمان و واقعیات جامعه و عقل عرفی، مقررات و احکام ناشی از این نوع بینش را نمی‌تواند بپذیرد، بتدریج این نوع احکام و مقررات در عمل به انزوا کشیده می‌شود و متروك می‌ماند.

به هر حال، در موضوع ما نحن فیه برخی از فقیهان، استنباط و نظر متفاوتی دارند که پس از نقل تعدادی از روایات مربوط به فسخ نکاح به بیان آن نظر می‌پردازیم:

۱ـ روایات مربوط به حق فسخ نکاح

برای آشنایی با چگونگی استنباط حکم از روایات، چند نمونه از روایات از منابع

اصلی حدیث شیعه نقل می کنیم:

۱ ـ حلبی از امام صادق(ع) نقل می کند که از ایشان در مورد وضعیت نکاح مردی که با زنی ازدواج نموده و متوجه شده که زن اعور (به اصطلاح معروف چپ چشم) هست سؤال کردم امام فرمود: نکاح فقط به خاطر برص، جذام، جنون و عفل رد می‌شود یعنی فسخ می گردد.[۱] (عفل هم به معنی و یا در حکم قرن است که در ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی آمده و منظور از آن وجود زایده‌ای است در آلت تناسلی زن که مانع نزدیکی می‌شود.)

۲ـ زید شحّام از امام صادق(ع) نقل می کند که امام فرمود: زنی که مبتلا به پیسی، جذام و یا جنون باشد نکاحش رد (فسخ) می‌شود. ولی زنی که اعور هست نکاحش فسخ نمی گردد.[۲]

۳ـ ابوعبیدة از امام باقر (ع) نقل می کند که از ایشان در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و در او عیبی می بینند سؤال شد و امام(ع) فرمود: اگر زنی که دارای عیب عفل، برص، جنون، افضاء و زمین گیری واضح و روشن است تدلیس کند، به خانواده‌اش بر گردانده می‌شود بدون طلاق (یعنی فسخ می‌شود.) و شوهر مهریه‌ای را که داده است از ولی زن که این تدلیس را نموده می گیرد و اگر ولی زن تدلیس نکرده باشد ملزم به دادن مهر به شوهر نیست.[۳]

نزدیك به همین مضمون روایتی است که از داود بن سرحان از امام صادق(ع) نقل شده است.[۴]

---

۱. فروع کافی، محمدبن یعقوب کلینی، ج ۵، ص ۴۰۶: «عن الحلبی عن ابی عبدالله(ع) قال: سألته عن رجل تزوج الی قوم فاذا امرأته عوراء و لم یبینوا له قال: یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». به همین مضمون شیخ طوسی در کتاب تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۲۴ حدیث را نقل می کند ولی در نقل شیخ سؤال از امام(ع) ذکر نشده و لفظ: انما که مفید حصر است اضافه دارد: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». همچنین ر.ك: وسائل الشیعة، شیخ حر عاملی، ج ۱۴، ص ۵۹۴.

۲. فروع کافی، ج ۵، ص ۴۰۷: «... ترد البرصاء و المجنونة و المجذومة، قلت: العوراء قال: لا.» تهذیب، همان ج و همان صفحه.

۳. فروع کافی، همان، ص ۴۰۸ و تهذیب، همان، ص ۴۲۵ و وسائل الشیعة، همان، ص ۵۹۳:
«عن ابی جعفر(ع) قال: فی رجل تزوج امرأة من ولیها فوجدبها عیبا بعدما دخل بها قال: فقال: اذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضاة و من کان بها زمانة ظاهرة فانها ترد علی اهلها من غیر طلاق و یاخذالزوج المهر من ولیها الذی کان دلسها فان لم یکن ولیها علم بشیء من ذالك فلا شیء علیه و ترد الی اهلها...»

۴. تهذیب، همان، ص ۴۲۴، شماره حدیث: ۱۶۹۴.

۴ـ روایتی را کلینی در فروع کافی از طریق عبدالرحمن بن ابی عبدالله از امام صادق(ع) نقل کرده که امام (ع) فرمود در اثر چهار چیز نکاح زن فسخ می‌شود مشروط بر اینکه مواقعه صورت نگرفته باشد ولی اگر مواقعه انجام شده باشد دیگر حق فسخ نیست و آن چهار چیز عبارتند از: برص، جذام، جنون و قرن: «المرأة ترد من اربعة اشیاء من البرص و الجذام و الجنون والقرن و هو العفل ما لم یقع علیها فاذا وقع علیها فلا.»[۱]

شیخ طوسی نیز در تهذیب عین همین روایت را نقل کرده است و توضیح داده اینکه طبق این روایت در صورت وقوع نزدیکی دیگر حق فسخ نیست منظور جایی است که مرد باعلم به وجود عیب اقدام به نزدیکی نموده و عمل او نشانگر رضایتش به عقد است.

به هر حال شیخ در تهذیب از طریق همین عبدالرحمن روایت دیگری را از امام صادق(ع) نقل می کند که از امام(ع) پرسیده شد اگر مردی با زنی ازدواج کند و متوجه شود زن، زنا داده است، چه می تواند بکند، امام(ع) می‌فرماید اگر مرد بخواهد می تواند صداق را از کسی که موجب این ازدواج شده بگیرد و به اندازه‌ای که مرد از زن استمتاع برده باید مهریه‌ای به او بدهد و اگر خواست می تواند زن را رها کند. و بعد امام فرمود: نکاح زن به‌وسیله وجود عیوب: عفل، برص، جذام و جنون فسخ می‌شود ولی به غیر از این امور نمی‌توان نکاح را فسخ کرد.[۲] «و تردالمرأة من العفل والبرص و الجذام و الجنون فاما ماسوی ذالك فلا.» شیخ طوسی در مقام توجیه تعارض بین این روایت و روایاتی که دلالت بر وجود حق فسخ در مورد نابینایی و افضاء و زمین گیری دارد می گوید بین این دو منافاتی وجود ندارد و وجه جمع بین این دو نوع روایت این است که بگوییم در خصوص عیوب عفل و جنون و جذام و برص حتماً حق فسخ وجود دارد ولی در مورد افضاء و زمین گیری و نابینایی هر چند حق فسخ وجود دارد ولی بهتر است، متوسل به فسخ نشد.[۳]

۵ـ روایات مختلفی نیز در خصوص حق زن برای فسخ نکاح در صورتی که با مردی ازدواج کند در حالی که مرد تدلیس کرده بدین‌صورت که خصی بوده و آن را کتمان نموده، و

---

۱. فروع کافی، همان، ص ۴۰۹.

۲. تهذیب، همان، ص ۴۲۵.

۳. همان.

یا برده بوده و خود را آزاد قلمداد کرده، وجود دارد. همچنین روایات متعددی وارد شده که اگر مرد عنّین بود یعنی ناتوانی جنسی داشت، زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و طرح موضوع کند، در صورت اثبات این بیماری دادگاه یك‌سال به شوهر مهلت می‌دهد که خود را معالجه کند اگر پس از گذشت یك سال از رجوع به دادگاه، مرد توانایی انجام عمل جنسی را به‌دست نیاورد زن می‌تواند نکاح را فسخ کند. برای ملاحظه روایات مربوط می‌توان به کتب حدیث از جمله منابع مورد استناد در این مقاله، چون **فروع کافی**، **تهذیب‌الاحکام**، **وسائل‌الشیعه** و غیر آن مراجعه کرد. فقط یك حدیث را در این زمینه نقل می‌کنیم که حکایت دارد به‌خاطر عیوبی غیر از عیوب مربوط به امر جنسی در مرد، حق فسخ نکاح ایجاد نمی‌شود هم کلینی در **فروع کافی** و هم شیخ طوسی در کتاب **تهذیب** روایتی را از شخصی به نام عباد ضبی یا غیاث ضبی از امام صادق(ع) نقل کرده‌اند که فرمود اگر معلوم شد مرد عنین است و توانایی جنسی ندارد بین زن و مرد جدایی افکنده می‌شود ولی اگر یك بار مواقعه کرد، موردی برای فسخ نکاح نیست و نکاح به‌خاطر عیب مرد رد (فسخ) نمی‌شود[۱]:

«عن ابی عبداللّه(ع) قال: «فی العنین اذا علم انه عنین لا یاتی النسا، فرق بینهما و اذا وقع علیها وقعة واحدة لم یفرق بینهما و الرجل لا یرد من عیب.»»

برخی از فقهاء مثل صاحب جواهر به مفاد همین حدیث بر رد حق فسخ برای زن در صورت مبتلا بودن شوهر به جذام و برص استناد کرده‌اند.[۲]

از جمله عیوب مرد که به نظر مشهور و بلکه شاید بتوان گفت به اجماع فقهاء موجب حق فسخ برای زن می‌شود، همان‌طور که قبلاً اشاره شد جَبّ یعنی مقطوع بودن آلت تناسلی است به گونه‌ای که مانع ایفای وظیفه زناشویی برای مرد گردد.

ولی روایت و نص خاصی در این مورد وجود ندارد و به همین جهت محقق در وجود حق فسخ به خاطر آن اظهار تردید نموده و منشأ تردید را نبودن نص و اقتضاء لزوم عقد ذکر کرده است «و هل تفسخ بالجب؟ فیه تردد منشأه التمسك بمقتضی العقد»[۳] ولی در عین حال

---

۱. فروع کافی، پیشین، ص ۴۱۰، تهذیب، پیشین، ص ۴۳۰، حدیث شماره ۱۷۱۴، وسائل‌الشیعه، پیشین، ص ۶۱۰.
۲. جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۳۲۰.
۳. شرایع‌الاسلام، ج اول (دوجلدی)، ص ۵۴۰.

هم خود محقق و هم شارحین کتاب او چون صاحب جواهر و شهید ثانی در **مسالك** و دیگر فقهاء نظریه ایجاد حق فسخ را در این مورد تقویت کرده‌اند و با وجود نبودن نص در خصوص مورد با توجه به وحدت ملاك مستفاد از روایات مربوط به حق فسخ در مورد عنن یعنی عدم قدرت بر مواقعه و قیاس اولویت نسبت به خصی که با وجود اینکه توانایی انجام عمل جنسی را دارد ولی عیب مزبور طبق روایات موجب حق فسخ دانسته شده است و نیز به استناد قاعده رفع ضرر و لزوم ضرر در صورت ندادن حق فسخ به زن عموماً این عیب را نیز موجب حق فسخ دانسته‌اند، این معنی را نه تنها فقیهی چون شهیدثانی که در برخی مسائل با دیدی باز و روشن برخورد می کند در **مسالك**[۱] توجیه نموده بلکه فقیهی چون صاحب جواهر نیز که با این گونه توجیهات و استدلالات مخالف است و به همین رو با تعمیم حق فسخ برای زن در مورد وجود جذام و برص در مرد مخالفت دارد، به همین توجیهات روی آورده و آن را موجب فسخ دانسته است.[۲]

لازم به یادآوری است که در مورد خصی نیز نصوص و روایاتی که نقل شده و به زن حق فسخ داده است جملگی با عنوان تدلیس ذکر شده‌اند یعنی با این مضمون که اگر مردی

---

۱. **مسالك‌الافهام**، پیشین، ص ۱۰۷.

۲. **جواهرالکلام**، پیشین، ص ۳۲۸، برای اثبات اینکه مقطوع بودن آلت تناسلی موجب حق فسخ است به صادق بودن تدلیس بر آن (حتی به صرف عدم اظهار عیب مزبور) و بودن آن در حکم خصاء و عنن بلکه بدتر از آنها بودن و وجود ضرر برای زوجه و مشمول حکم کلی مندرج در برخی از روایات که حکم کلی عدم قدرت بر جماع را بیان کرده‌اند، استناد نموده است. «. . . و من صدق التدلیس و کونه بمعنی الخصی او العنن بل اعظم منهما، لقدرة‌الاول علی الایلاج و احتمال الثانی البرء، و الضرر و شمول صحیح الکنانی و ابی بصیر له».

ذکر این مطلب شاید خالی از فایده نباشد که در کتب معروف فقهی و حدیث همان طور که اشاره شد روایتی درخصوص وجود حق خیار فسخ برای مقطوع بودن آلت تناسلی ذکر نشده است ولی صاحب دعائم‌الاسلام روایتی را در این زمینه از حضرت علی (ع) نقل کرده که ایشان فرمودند مقطوع الآلة بودن مرد موجب تفریق بین زن و مرد می‌باشد. متن روایتی که وی از علی(ع) نقل کرده چنین است: «و عنه(ع) انه سئل عن مجبب (یعنی مقطوع الآلة) دلس بنفسه لامراة فتزوجته فلما دخل بها اطلعت منه علی ذالك فقامت علیه، قال: یوجع ظهره و یفرق بینهما و علیه المهر کاملاً ان کان دخل بها و ان لم یکن یدخل بها فعلیه نصف المهر قیل له: فماتقول فی العنین «قال: هو مثل هذا سواء.» قاعدتاً منظور از دخول در اینجا چنانکه در حاشیه کتاب نیز آمده خلوت کردن با زن است؛ **دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضایا و الاحکام**، از قاضی ابوحنیفه نعمان، ج دوم، سال ۱۹۱۱، چاپ دارالاضواء، بیروت، ص ۲۳۰، حدیث شماره ۸۶۴.

که اخته است تدلیس کند و به عنوان فرد سالم و فاقد عیب با زنی ازدواج نماید و زن از خصی بودن او مطلع شود می تواند نکاح را فسخ نماید. (به عنوان مثال: عن ابی عبدالله(ع) ان خصیا دلّس نفسه لامرأة قال یفرق بینهما و تأخذ المرأة منه صداقها و یوجع ظهره کما دلس نفسه.)[۱] در هیچیك از روایات منقوله، خصی بودن بدون عنوان تدلیس و صرفاً به‌عنوان عیب از موجبات فسخ نکاح به‌شمار نیامده است[۲] و از همین رو شیخ طوسی در مبسوط در عیب بودن آن به گونه‌ای که موجب خیار فسخ شود، تردید کرده است بدین جهت که خصی قادر به انجام عمل جنسی حتی بهتر از افراد عادی می‌باشد، هرچند قادر به انزال نیست.[۳]

اگر قرار باشد در تجویز حق فسخ صرفاً تابع نصوص و روایات وارده باشیم نباید صرف وجود عیب خصاء را بدون تحقق عنوان تدلیس موجب حق فسخ دانست در حالی که طبق نظر مشهور فقهاء، نفس وجود این عیب موجب حق فسخ است. و قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۲۲ نفس وجود خصاء را بدون مقید کردن آن به شمول عنوان تدلیس، موجب حق فسخ دانسته است. به همین جهت صاحب جواهر تردیدهای زیادی در موجب حق فسخ بودن خصاء وارد کرده و بعید ندانسته که حق فسخ در مورد خصاء فقط در مورد تدلیس ثابت باشد و برای توجیه قول رایج بر اینکه به‌طور مطلق موجب حق فسخ است احتمال داده که شاید صرف عدم اخبار و اعلام این عیب از سوی مرد، تدلیس محسوب شود و سرانجام باختم مطلب به امر به تأمل (فتامل) شفاف نبودن موضوع را ابراز کرده است.[۴]

۲ـ نظر شهید ثانی در مورد تساوی زن و مرد در حق فسخ نسبت به عیوب جذام و برص

چون علی‌الاصول بحث ما پیرامون موارد تفاوت حق زن و مرد در انحلال نکاح و در این قسمت در استفاده از حق فسخ و نقد و بررسی مبانی و دلایل آن است، بنابراین لازم

---

۱. فروع کافی، پیشین، ص ۴۱۱.

۲. ر.ك: تهذیب، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۴۳۲، روایات شماره ۱۷۲۰ تا ۱۷۲۳ که در تمام آنها سخن از تدلیس در مورد خصی رفته است.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۲۵۰: «... والثانی لاخیار لها لان الخصی یولج و یبالغ اکثر من الفحل و انما لاینزل».

۴. ر.ك: جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۳۲۴.

است نظرات مختلف موجود را مورد بررسی قرار دهیم و احیاناً از آن نتیجه گیری بنماییم یا از این تجزیه و تحلیل، روزنه‌ای برای نتیجه گیری مطلوب باز کنیم، اندك تفصیلی هم که در خصوص عیوب خصاء و جب دادیم و تحلیل‌های مختلف را نقل کردیم برای بهره‌برداری از آن در نتیجه گیری از این موضوع بود. به هرحال همان‌طور که در آغاز بحث فسخ گفتیم طبق قانون مدنی براساس نظر رایج در فقه امامیه، برای فسخ نکاح، مرد بر زن امتیازاتی دارد، زن فقط به استناد وجود چهار عیب در مرد حق فسخ دارد در حالی که مرد به استناد وجود ۷عیب در زن که چهار عیب آن (جذام، برص، زمین گیری و نابینایی) از عیوب جسمانی است که در مرد هم ممکن است وجود داشته باشد حق فسخ دارد و زن در این موارد از استفاده از حق فسخ محروم است. در اینجا بد نیست به نظر و استدلال برخی از فقهای امامیه که در این خصوص نظر مخالف دارند نیز اشاره کنیم و مستند نقلی و عقلی آنها را بدانیم.

در بین فقهای متقدم قاضی ابن البراج تقریباً به سیاق و ترتیبی که از فقهای اهل سنت نقل شده (و به آن خواهیم پرداخت) جنون و جذام و برص و کوری را از عیوب مشترك بین زن و مرد شمرده که هر یك از این عیوب در هر کدام بود، دیگری حق فسخ دارد. وی عیوب موجب فسخ را به سه دسته تقسیم می کند: عیوب مختص مرد و عیوب مختص زن و عیوب مشترك که عیوب مشترك به شرح مرقوم ذکر شد.[1]

به نقل شهیدثانی در مسالك، ابن جنید نیز عیوب چهارگانه مزبور را به اضافه لنگی و ارتکاب زنا از عیوب مشترك در زن و مرد شمرده است.

شهید ثانی در مسالك و نیز شرح لمعه نظر ابن براج و ابن جنید را در مورد مشترك بودن دو عیب جذام و برص در زن و مرد در کمال درستی دانسته و از آن حمایت کرده است و برای اثبات صحت این نظر که زن هم در صورت وجود این دو عیب در مرد حق فسخ دارد هم به عموم مفاد برخی از روایات استناد کرده و هم به استدلال عقلی و قیاس اولویت متوسل شده است، وی در زمینه استناد به دلیل نقلی می گوید: روایت

۱. المهذب، قاضی ابن البراج طرابلسی، انتشارات جامعه مدرسین قم، ۱۴۰۶ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۳۱.

صحیحه‌ای که حلبی از امام صادق(ع) نقل نموده به‌طور مطلق می گوید: می‌توان نکاح را به‌خاطر برص، جذام، جنون و عفل فسخ کرد و اطلاق این روایت شامل جذام و برص مرد نیز می‌شود به علاوه می گوید وقتی وجود این دو عیب در زن به مرد حق فسخ می‌دهد، با اینکه مرد می‌تواند با توسل به طلاق خود را از این نکاح خلاص نماید منطقاً موجب می‌شود که بپذیریم وجود آنها در مرد به طریق اولی برای زن که اختیار طلاق را هم در دست ندارد حق خیار فسخ ایجاد می کند. از سوی دیگر چون جذام بخصوص مرضی است که به اتفاق پزشکان مسری است، ندادن حق فسخ به زن موجب ورود ضرر بر زن می گردد که به حکم قاعده لاضرر، حکم ضرری نباید وجود داشته باشد به‌علاوه نفرتی که از وجود این عیب پیدا می‌شود و طبعاً منافی حق استمتاع است به مراتب بیشتر از نفرت ناشی از عیوب دیگری است که در مرد وجود دارد و مانع عمل جنسی و استمتاع است و بالاتفاق موجب حق فسخ است، بنابراین، حق این است که در مورد این دو عیب تفاوتی بین زن ومرد در استفاده از حق فسخ گذاشته نشود.

شهید ثانی می گوید:البته اکثر فقهاء به استناد اصل لزوم عقد و عدم فسخ آن و روایت منقوله از طریق غیاث ضبّی از امام صادق(ع) که به‌خاطر وجود عیب در مرد، نکاح فسخ نمی‌شود (الرجل لایرد بعیب) حق خیار فسخ را به زن نداده‌اند ولی بر کسی پوشیده نیست که نظریه مربوط به وجود حق خیار فسخ برای زن قوی‌تر است و روایتی (روایت کنانی) که اطلاقش دلالت بر این امر می نماید بر این روایت (الرجل لایرد بعیب) برتری دارد، توجیهات و دلایل عقلی و منطقی گفته شده، نیز آن را تقویت می کند و بنابراین اصل لزوم و عدم فسخ نیز بااین دلایل کارآیی خود را از دست می‌دهد.

شهید ثانی اضافه می کند که استناد به روایت غیاث ضبّی (الرجل لایرد بعیب) از سوی برخی از فقهاء برای منع حق خیار فسخ به زن دراین مورد از شگفتی‌های روزگار است زیرا این روایت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ متن قابل استناد نیست زیرا راوی آن یعنی غیاث در کتب رجال شناخته شده نیست و بنابراین چگونه می‌توان به حدیث او استناد کرد. از لحاظ متن نیز اشکال دارد زیرا لازمه عمل به آن حدیث این است که وجود هیچ عیبی در مرد موجب حق فسخ نکاح برای زن نشود و این

برخلاف اجماع مسلمین است.[۱]

از فقهای اخیر مرحوم سیدابوالحسن اصفهانی نیز گرایش به نظر شهیدثانی نشان داده و مشترك بودن دو عیب جذام و برص را بعید ندانسته است.[۲]

۳ـ اشاره‌ای به حکم موضوع در فقه اهل سنت و قوانین کشورهای اسلامی

با تتبع مختصر در فقه اهل سنت به نظر می‌رسد در این زمینه برخورد مطلوب‌تر و مناسب‌تری به‌عمل آمده و نظری که شهید ثانی با قوت از آن دفاع کرده و متأسفانه فقیهان دیگر ما توجه چندانی به آن ننموده‌اند، در نظر رایج فقهای اهل سنت آمده است.

در هر سه مذهب مالکی، حنبلی و شافعی عیوب موجب فسخ در نکاح به سه دسته عیوب مشترك، عیوب مختص زن و عیوب مختص مرد تقسیم شده است. مطابق هر سه مذهب، جذام و برص و جنون از جمله عیوب مشترك هستند که در هر یك از زن و مرد وجود داشته باشند برای طرف دیگر حق فسخ ایجاد می‌شود، عیوب مختص مرد و زن، در واقع عیوب مانع از انجام عمل جنسی به نحو صحیح هستند که به حسب طبیعت ممکن است در مرد یا زن باشد، خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی از عیوب مختص مرد و رتق و عفل و قرن (که هر سه در واقع یك حکم را دارند) و افضاء از عیوب مختص زن است که به مرد حق فسخ می‌دهد.[۳] منطقی و قابل پذیرش بودن و نزدیك بودن به عدالت را در این ترتیب نمی‌توان از نظر دور داشت. در مذهب حنفی اصولاً جز عیوب افضاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی هیچ عیب دیگری حتی جذام و برص در هر یك از زوجین موجب حق فسخ نمی‌شود.[۴]

در قوانین فعلی بعضی از کشورهای عربی و اسلامی نیز که ملاحظه شد برای زن حق فسخ نکاح یا مطالبه تفریق و جدایی از دادگاه به لحاظ ابتلای مرد به امراضی که مانع

---

۱. ر.ك: مسالك الافهام، ج ۸، ص ۱۱۰ و ۱۱۱ و شرح لمعه، ج ۵، ص ۳۸۳.

۲. وسیلة‌النجاة، سیدابوالحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۳۹۷: «... و قیل بکونهما منها فهما من العیوب المشترکة بین الرجل و المرأة و هو لیس ببعید...»

۳. الفقه علی المذاهب الاربعة، عبدالرحمن الجزیری، ج ۴، صص ۱۸۰ تا ۱۹۸ و الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۳۵۳.

۴. الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۴، ص ۱۸۰.

اعمال زناشویی است یا امراض خطرناکی چون جذام و برص پیش‌بینی شده است از جمله می‌توان ماده ۹ قانون احوال شخصیه مصر اصلاحی سال ۱۹۸۵، ماده ۱۰۵ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب سال ۱۹۵۳، ماده ۵۳ قانون خانواده الجزایر مصوب سال ۱۹۸۴ و ماده ۴۳ قانون احوال شخصیه عراق اصلاحی سال ۱۹۷۸ را ذکر نمود. ماده ۹ قانون احوال شخصیه مصر می‌گوید:

«در صورت وجود عیب مستحکمی در مرد که قابل علاج نبوده یا معالجه آن طولانی مدت باشد و بقاء زن بر زوجیت برایش موجب ضرر باشد مانند جنون و جذام و برص، می‌تواند از دادگاه درخواست جدایی نماید.»[1]

۴- ابداع مطلوب قانون احوال شخصیه کویت

قانون احوال شخصیه کویت که بیش از ۱۶ سال از تنظیم و تصویب آن نمی‌گذرد (مصوب سال ۱۹۸۴) وقانون نسبتاً خوبی است در زمینه حق فسخ به لحاظ وجود عیب هم از نظر عیبِ موجب فسخ و هم از نظر تساوی زن و مرد از استفاده از حق فسخ به استناد عیب، حکم کلی جدیدی را وضع نموده و مدعی است این حکم را از متون فقهی استخراج کرده و با موازین شرعی منافاتی ندارد. ماده ۱۳۹ قانون مزبور تحت عنوان: فسخ به جهت عیب مقرر می‌دارد:

«هر یك از زوجین می‌تواند فسخ نكاح را بخواهد در صورتی که در طرف دیگر عیب پابرجایی که ایجاد نفرت می‌کند یا موجب زیان می‌شود یا مانع استمتاع می‌گردد بیابد خواه چنین عیبی قبل از عقد به وجود آمده و یا بعد از عقد حادث شده باشد.

هر یك از طرفین که به وجود این عیب قبل از عقد عالم بوده یا بعد از عقد به آن رضایت دهد، حق فسخش ساقط می‌شود.»

طبق ماده ۱۴۱: هرگاه عیوب مذکور قابل زوال نباشند، دادگاه حکم به فسخ می‌دهد ولی اگر امکان اصلاح آنها وجود داشته باشد، دادگاه مهلت مناسبی را برای اصلاح و زوال

---

۱. الاحوال الشخصیه للمسلمین طبقا لاحدث التعدیلات، چاپ پنجم، قاهره ۱۹۹۴.

عیب تعیین می کند اگر ظرف آن مدت عیب از بین نرفت و طرف ذی‌نفع طالب فسخ بود، دادگاه حکم فسخ را صادر می کند.

و ماده ۱۴۲ حکم می کند که باید برای شناخت عیوب موجب فسخ و تعیین مدت مناسب برای اصلاح و رفع آنها از پزشکان خبره مسلمان کمك گرفت.[۱]

تدوین کنندگان این مقررات از قانون احوال شخصیه کویت تشریع این حکم جدید را در واقع بدعت غیر مجاز ندانسته و با اشاره به نظرات و عقاید مختلف فقهای خود در زمینه نوع و تعداد عیوب موجب حق فسخ نکاح، مدعی‌اند که در واقع ردپای این اجتهاد جدید خود را در نظریات فقهای سلف یافته‌اند و با در نظر گرفتن جهات و مصالح لازمه و مراعات عدل و انصاف، این ترتیب قانونی را تصویب کردند.[۲]

۵ـ قابل انتقاد بودن مقررات قانون مدنی در مورد عیوب موجب فسخ

گمان می کنم با این سیری که در مبانی فقهی مقررات قانون مدنی درخصوص عیوب موجب فسخ نکاح و حق هریك از زن و مرد در استفاده از فسخ نمودیم به خوبی روشن شده باشد که این حکم تبعیض آمیز موجود در قانون مدنی در زمینه حق فسخ نکاح به استناد عیوب قابل توجیه نیست و علاوه بر نداشتن دلیل عقلی و منطقی، دلایل نقلی مبنای این نوع حکم و مقررات نیز به رغم نظر مشهور فقهاء جایگاه محکمی ندارد و جز جزمیت بر ظاهر الفاظ و روایاتی که بعضاً اضطراب در سند و متن دارند نمی توان توجیه دیگری برای بیان این نوع حکم ارائه داد. همان طور که گفتیم در قرآن کریم ذکری و سخنی از حکم فسخ و تفاوت زن و مرد در برخورداری از این حق به میان نیامده است. اکثر روایاتی هم که در این باب وارد شده در پی طرح سؤال و برخورد با واقعه‌ای که طبعاً بیشتر از سوی مردان مطرح می‌شده صادر شده و راه حل واقعه مطرح شده یا پرسش معموله را ارائه داده‌اند و بنابراین اگر در غیر عیوب مختص به هریك از زن و مرد، عیبی مانند جذام و برص و حتی کوری و

۱. قانون الاحوال الشخصیة، کویت چاپ اداره قوانین هیأت دولت، ص ۴۲.

۲. ر.ك:همان منبع قسمت: المذکرات الایضاحیة، ص ۲۴۲ تا ۲۴۵.

زمین گیری مطرح شده و وجود آن در زن به مرد حق فسخ داده است این امر، بدین معنا نیست که حسب مورد نتوان حق فسخ را به زن داد و بر اصل لزوم عقد و استصحاب لزوم و بقای آن به خاطر نبودن نص و مجوز صریح بر وجود حق فسخ برای زن پافشاری کرد و توجهی به ملاك و حکمت احکام وارده در روایات ننمود. چگونه می‌توان پذیرفت، شریعت اسلامی و بخصوص مقررات فقه شیعه و قانون مدنی که تحقق عقد نکاح را جز با ایجاب و قبول و قصد و رضای زن و مرد دوطرف عقد، نمی‌پذیرد، در مقام انحلال از یکسو اختیار طلاق را در دست مرد قرار دهد و از سوی دیگر امکان فسخ را به نحو بهتر و بارزتری به او بدهد به گونه‌ای که مثلاً اگر مردی پس از عقد ملتفت شد زنش دارای یکی از عیوب مثلاً جذام یا نابینایی یا زمین گیری است هم بتواند او را طلاق دهد و هم قادر باشد نکاح را فسخ کند ولی زنی که با شوهر جذامی یا نابینا یا زمین گیر مواجه می‌شود نه بتواند از حق طلاق استفاده کند و نه حق داشته باشد به استناد وجود این عیوب نکاح را فسخ نماید این یك بی‌عدالتی آشکار است که هرگز با مذاق اسلامی نمی‌خواند و استناد به ظاهر برخی روایات وارده در این باب هم نمی‌تواند آن را توجیه نماید.

بنابراین به نظر می‌رسد، بسیار مطلوب و بجا و بی اشکال خواهد بود که مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۳ قانون مدنی را اصلاح کرد و همان‌گونه که در مذاهب اهل سنت و بسیاری از قوانین کشورهای اسلامی آمده، عیوب مهمی چون جنون، جذام و برص و احیاناً برخی عیوب دیگر را به عنوان عیوب مشترك بین زن و مرد و قابل فسخ برای هریك اعلام نمود. چنانکه دیدیم فقیهانی چون قاضی ابن براج و شهیدثانی نیز به شرحی که قبلاً ذکر کردیم به نفع این نظریه استدلال نموده و آن را صحیح و عادلانه شمرده‌اند. متأسفانه با وجود غنا و پویایی و اجتهاد مستمری که به نحو بارزی در فقه شیعه وجود دارد، در عمل، فقیهان ما مخصوصاً در این دوره‌های اخیر و حتی پس ازبدست گرفتن مستقیم حکومت و اداره مملکت بسیار کند حرکت می‌کنند و شجاعت لازم را در اجتهاد به خرج نمی‌دهند.

٦ـ حق درخواست الزام شوهر به طلاق

به هر حال، درعین محدودیت زوجه برای اعمال حق خیارفسخ، قانون مدنی با الهام از

نظریات برخی از فقها، مواردی را پیش‌بینی کرده که زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و درخواست کند که دادگاه شوهر او را ملزم به طلاق نماید و تقریباً نظیر ترتیبی که در قانون احوال شخصیه بعضی از کشورهای عربی پیش‌بینی شده است و در صفحات قبل به آن اشاره کردیم که زن می‌تواند از دادگاه درخواست صدور حکم بر جدایی با شوهرش را بخواهد در قانون مدنی نیز به نحوی پیش‌بینی شده است.

نظر فقیهان در خصوص درخواست طلاق توسط زن از دادگاه

به نظر می‌رسد تعداد کمی از فقهاء معتقدند، زن می‌تواند در مواردی به غیر از مورد امتناع یا عجز از انفاق به دادگاه مراجعه کند و درخواست صدور حکم مبتنی بر الزام شوهر به دادن طلاق و جدایی از دادگاه بنماید.

از متقدمین، شیخ مفید در کتاب **مقنعه** می‌گوید: «حاکم نمی‌تواند شوهر را اجبار به طلاق و جدایی نماید مگر اینکه شوهر حق واجبی از حقوق نکاح را نسبت به زن ایفاء ننماید.»[۱] و مفهوم مخالف این عبارت این است که اگر شوهر برخی از حقوق واجبه زن را ایفاء ننماید دادگاه می‌تواند او را مجبور به دادن طلاق نماید.

در بین فقهای متأخر و معاصر، شیخ انصاری در **ملحقات مکاسب** و میرزای قمی در **جامع الشتات** و مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی در **ملحقات عروةالوثقی** نسبت به امکان مراجعه زن به دادگاه در صورت اذیت و آزار زوج و یا افتادن در عسروحرج با ادامه وضعیت زناشویی و الزام شوهر به طلاق توسط دادگاه، اظهار نظر نموده‌اند.[۲]

در این بین نظر مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی که به طور کلی برای زن این حق را شناخته است که حتی در غیر مورد ترك انفاق، اگر بقاء زوجیت برای زن موجب ضرر و حرج باشد می‌تواند از دادگاه درخواست جدایی کند و دادگاه می‌تواند مآلاً حکم جدایی را صادر نماید، نگرش جدید در توجه به حقوق زن و تا حدی جبران محرومیت او از داشتن

---

۱. مقنعه، شیخ مفید، ص ۵۱۹: «ولیس للحاکم ان یجبر الزوج علی الفراق الا ان یمنع و اجبا للزوجة من حقوق النکاح.»

۲. برای ملاحظه تفصیل نظر فقیهان مزبور و مرجع آن، ر.ك: **دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی**، دکتر حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، صص ۲۴۰ به بعد.

اختیار طلاق و فسخ همانند مرد به شمار می آید و مبدأ تحولی محسوب می گردد. سید، پس از بیان صور مختلف مربوط به غایب بودن شوهر یا محبوس بودن او و روایات مربوط به ترك انفاق و اجبار شوهر به طلاق در صورت ندادن نفقه می گوید:

«... از این روایات استفاده می‌شود که در صورت ندادن نفقه، شوهر، اجبار به طلاق می گردد، بنابر این به طریق اولی، در صورتی که بقای زوجیت، موجب وقوع زن در معصیت و حرام باشد، باید حاکم شرع، اختیار طلاق او را داشته باشد...» وی در بخش دیگری از بحث خود می گوید: «...هر چند ظاهر کلمات فقهاء این است که حاکم نمی تواند زن را طلاق دهد و او را آزاد کند، زیرا طلاق در دست مرد است(الطلاق بیدمن اخذبالساق) ولی ممکن است گفته شود به استناد قاعده نفی ضرر و حرج، مخصوصاً اگر زن، جوان بوده و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او باشد، حاکم شرع می تواند او را طلاق دهد...»[1]

به نظر می رسد با الهام از همین نوع نظریات روشن بینانه فقهی، تدوین کنندگان اولیه قانون مدنی که نتوانستند دامنه اختیارات زن را در اعمال فسخ گسترش دهند برای اینکه تا حدی این نابرابری را جبران کنند، علاوه بر وضع ماده ۱۱۳۹ که به زن اجازه می دهد در صورت امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه، الزام شوهر را به طلاق از دادگاه بخواهد، مبادرت به وضع و تصویب ماده ۱۱۳۰ مشتمل بر سه بند نموده و آن را در همان فصل مربوط به فسخ نکاح و نه فصل طلاق گنجانیده‌اند. به موجب ماده مزبور در صورتی که شوهر غیر از وظیفه دادن انفاق سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبارش ممکن نباشد و در صورت سوءمعاشرت و در مورد وجود امراض مسریه صعب‌العلاج که ادامه زندگی را غیر قابل تحمل و مخاطره آمیز سازد، می تواند از دادگاه اجبار شوهر را به طلاق بخواهد.[2]

---

۱. برای ملاحظه متن کامل نظر سید ر.ك: منبع پیشین، ص ۲۴۲ و ج دوم (ملحقات) کتاب عروة‌الوثقی، صص۷۵و۷۶.

۲. متن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ بدین شرح است:

ماده ۱۱۳۰: حکم ماده قبل (یعنی الزام شوهر به دادن طلاق) در موارد ذیل نیز جاری است:

«۱ـ در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد.

۲ـ سوءمعاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد.

۳ـ در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب‌العلاج دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.»

نتیجتاً طبق این تمهید اگر زن با شوهر جذامی مواجه می‌شد و نمی‌توانست از حق فسخ استفاده کند، با استفاده از ماده ۱۱۳۰ قادر بود از دادگاه درخواست نماید که شوهر را ملزم به طلاق دادن و رهایی او نماید[1]، البته از روند مشکل‌تر و طولانی‌تر، می‌بایست استفاده کند ولی در هر حال راهی باز شده بود.

۷- نظر امام خمینی (ره) و تصویب ماده جدید ۱۱۳۰ قانون مدنی بر اساس آن نظر

ظاهراً حکم مندرج در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی برای بسیاری از فقهاء قابل توجیه نبود. زیرا انحلال ارادی نکاح یا به وسیله طلاق است که از سوی مرد انجام می‌گیرد و یا با فسخ است که موارد فسخ نیز مشخص شده است. اقدام برای تفریق و جدایی بین زوجین از سوی دادگاه نیز فقط در مورد امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه و نیز در مورد زوجه غایب مفقودالاثر متصور است و به جهت دیگری دادگاه نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد. شاید با همین برداشت و بینش در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ در قانون مدنی، ماده ۱۱۳۰ موجود که موارد و مصادیق معینی را برای تجویز درخواست طلاق مشخص کرده بود حذف شد، اما درعین حال با توجه به جایگاه عسر و حرج و نقش آن در تعلق برخی از احکام، عده‌ای معتقد بودند می‌توان در صورت وجود عسر و حرج به زن این امکان را داد که از دادگاه درخواست طلاق نماید، این امر بین فقهای شورای نگهبان نیز مورد اختلاف بود و برخی همان دیدگاه اول را داشتند که به طریقی جز فسخ و طلاق نمی‌توان نکاح را منحل کرد و به‌هرحال قرار شد موضوع را از حضرت امام(ره) سؤال نمایند. در نامه‌ای که از سوی فقهای شورای نگهبان در سال ۱۳۶۱ هنگام اصلاح قانون مدنی خدمت حضرت امام خمینی(ره) ارسال شد آمده است که درخصوص مراجعه زن به دادگاه و درخواست اجبار شوهر به

---

۱. در حکم شماره ۲۰۱۸ مورخ ۱۳۴۲/۸/۲۷، دادگاه شهرستان خوی در پی دادخواست خانمی مبنی بر ابتلاء شوهرش به جذام و درخواست طلاق حکم دادگاه چنین است: «که چون بر حسب تحقیقات به عمل آمده، شوهر مبتلا به جذام بوده و این مرض طبق گواهی پزشک مسری و قابل عود می‌باشد و بیماری خطرناک است، به استناد شق ۳ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی زوج را محکوم می‌سازد که زوجه خود را مطلقه سازد.» این حکم مآلاً در دیوان عالی کشور ابرام شده است نقل از کتاب موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران، فرانسه، شوروی و مصر، دکتر عبدالعلی صابری صفایی، چاپ ۱۳۴۶، ص ۴۸.

طلاق به لحاظ عسر و حرج و اجبار شوهر به طلاق از سوی حاکم شرعی، برخی از فقهاء نظر منفی دارند و می گویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و برفرض که ادله حرج در اینجا حاکم باشد می تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به اینکه موارد فسخ اجماعاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست پس حق فسخ قهراً منتفی می‌شود،[1] طبعاً حق طلاق هم که وجود ندارد و به دست مرد است بنابراین وجهی برای تجویز مراجعه به دادگاه و دخالت دادگاه بر اجبار شوهر به طلاق وجود ندارد. و به هر حال نظر امام را خواسته‌اند. امام(ره) پاسخ فرمودند: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الاّ با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده شود، و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان تر است.» با پاسخ امام، فقهای شورای نگهبان با تصویب ماده ۱۱۳۰ فعلی به جای ماده ۱۱۳۰ سه بندی سابق موافقت کردند. ماده ۱۱۳۰ فعلی مقرر می‌دارد:

«در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

امام خمینی نیز در این پاسخی که به فقهای شورای نگهبان داد، در واقع همانند مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی، بینش خود را در این خصوص که به هر جهت ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد می تواند از دادگاه درخواست حکم طلاق نماید و دادگاه شوهر او را به طلاق دادن اجبار می‌نماید و اگر اجبار او هم ممکن و عملی نبود با حکم و اذن دادگاه، طلاق واقع می گردد، ابراز داشت.

و به هر حال، این بینش موجب شد که در اصلاحیه قانون مدنی که با هدف انطباق بیشتر آن با موازین شرعی و فقهی صورت گرفت ماده ۱۱۳۰ که تا حدودی حکم تبعیض آمیز قانون

---

۱. برای ملاحظه تفصیلی مکاتبه شورای نگهبان با امام (ره) و پاسخ امام(ره) ر.ك: دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، پیشین، ص ۲۴۴ و ۲۴۵.

مدنی در مورد حق فسخ را جبران می کرد به نوعی حفظ شود[۱] ولی در عین حال پیداست که بازهم تفاوت فاحشی بین زن و مرد در استفاده از حق فسخ و برهم زدن نکاح وجود دارد. لیکن در ذیل پاسخ امام(ره) عبارتی است که جای تأمل بسیار دارد، امام می فرماید: اگر جرأت بود

---

۱. به لحاظ کلی بودن عنوان عسرو حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ و اختلاف سلیقه فاحشی که گاه بین قضات در احراز مصادیق عسر و حرج وجود داشت مجلس پنجم شورای اسلامی در آخرین جلسات خود، طرحی را تحت عنوان طرح الحاق یك تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی با هدف تبیین مصادیقی از عسر و حرج در هجدهم اردیبهشت ماه ۱۳۷۹ به این شرح تصویب کرد:

تبصره-عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می گردد:

«۱-ترك عمدی همسر توسط زوج حداقل به مدت شش ماه بدون عذر موجه.

۲-اعتیاد مضر به یکی از انواع مواد مخدر.

۳-استنکاف از پرداخت نفقه و عدم امکان بر الزام او به تادیه.

۴-ابتلاء زوج به امراض مسری و صعب العلاج یا هر عارضه دیگری که دوام زناشوئی، سلامت زوجه را به خطر اندازد.

۵-عقیم بودن زوج به نحوی که مانع اولاددار شدن زوجه شود.

۶- سوءرفتار و معاشرت زوج در حدی که عرفاً با توجه به اوضاع و احوال اجتماعی، اخلاقی، روحی و از نظر مکانی و زمانی برای زوجه قابل تحمل نباشد.

۷-اختیار همسر دیگر در صورت عدم استطاعت بر اجرای عدالت.

۸-عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیت زوجه باشد.

۹-محکومیت قطعی زوج به حبس در اثر ارتکاب جرائمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد.»ولی شورای نگهبان این طرح قانونی را مغایرموازین شرع و ظاهراً تهیه و تقدیم چنین طرحی را از سوی نمایندگان مجلس خلاف قانون اساسی تشخیص داد و این مصوبه تأیید نشد، نظر شورای نگهبان که طی شماره ۷۹/۲۱/۴۸۳ مورخ ۷۹/۳/۴ برای مجلس ارسال شد، بدین شرح است:

«ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه شماره ۳۷۵۳-ق مورخ ۷۹/۲/۲۰ و پیرو نامه شماره ۷۹/۲۱/۳۹۶ مورخ ۷۹/۲/۲۹، طرح الحاق یك تبصره به ماده (۱۱۳۰) قانون مدنی مصوب جلسه مورخ هجدهم اردیبهشت ماه یکهزار و سیصد و هفتاد و نه مجلس شورای اسلامی در جلسه مورخ ۷۹/۳/۴ شورای نگهبان مطرح شد که نظر شورا به شرح ذیل اعلام می گردد:

۱-عناوین مذکور در طرح، خود به خود مساوی باعسر و حرج نیست فلذا خلاف شرع شناخته شد.

۲-در صورت نیاز قضات دادگاهها به شرح موارد عسر و حرج قوه قضائیه می تواند با توجه ودقت شرعی مواردی را تعیین و برای تصویب ضمن لایحه‌ای به مجلس تسلیم دارد.»

قابل ذکر است که مجلس ششم هم در جلسات اولیه خود بر مصوّبه مجلس پنجم ابرام کرد و نظر شورای نگهبان را نپذیرفت، و از این رو قاعدتاً این مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌رود و باید منتظر نظر مجمع بود.

مطلبی دیگر بود که آسان تر است. این جمله مشعر بر این معنی است که از نظر فقیهی چون امام خمینی در زمینه مشکل ادامه زندگی زناشویی برای زن، به غیر از توسل به اثبات عسر و حرج و الزام شوهر به دادن طلاق و در صورت عدم امکان آن واقع ساختن طلاق به حکم و اذن دادگاه، راه حل و طریق سهل تری هم از لحاظ شرعی و فقهی وجود دارد که طبعاً مشکل زن را زودتر و آسان تر حل می نماید. اینکه منظور امام(ره) از این طریق سهل تر چیست حداقل برای ما روشن نیست شاید برای شاگردان امام که بر مکتب فقهی و مشرب استنباطی ایشان آگاهی و آشنایی دارند معلوم باشد، آیا منظور امام(ره) این است که زن هم در صورت مواجه شدن با عیوب زیان آور و نفرت انگیز همانند مرد می تواند عقد نکاح را فسخ کند و نیازی نیست که با مراجعه به دادگاه و اثبات عسر و حرج و پیمودن راههای دشوار دادرسی به این نتیجه دست یابد، چنانکه دیدیم امروزه در برخی از قوانین کشورهای اسلامی به همین راه حل رسیده اند یا منظور این است که وضع زن لازم نیست به مرحله حاد عسر و حرج برسد تا بتواند با اثبات آن از طریق دادگاه خود را از قید زوجیت خلاص کند بلکه همین قدر که ادامه زندگی زناشویی برای او زیان آور و موجب ضرر باشد می تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید، چنانکه در قوانین برخی از کشورها آمده است و از این حیث مرد و زن یکسان از استفاده از این حق برخوردارند.[1] و یا منظور این است که پس از طرح موضوع در دادگاه و تشخیص وجود عسر و حرج برای زن از سوی دادگاه، دادگاه حکم به طلاق و تفریق زوجین می دهد و نیازی به گذراندن مرحله دیگر یعنی الزام شوهر به دادن طلاق ندارد. به هر حال راه حل مورد نظر امام بر ما روشن نیست ولی قدر مسلم این است که به نظر این فقیه ژرف نگر روشن بین مخصوصاً پس از تجربه کردن عملی اداره حکومت، امکان پیدا کردن راه سهل تری برای اعمال بهتر عدالت و احقاق حق زن در چارچوب موازین شرعی و فقهی وجود دارد و طبعاً وضع موجود را

---

۱. مثلاً قانون احوال شخصیه کویت در ماده ۱۲۶ تحت عنوان التفریق للضرر می گوید: «لکل من الزوجین قبل الدخول اوبعده، ان یطلب التفریق، بسبب اضرار الآخر به قولا او فعلا بما لا یستطاع معه دوام العشرة بین امثالها...»
قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۲۳۳، این امکان و اختیار را به هر یك از زوجین داده است که درصورت فراهم آمدن مجموعه اوضاع و احوالی که ادامه زندگی مشترك را غیر قابل تحمل سازد از دادگاه، درخواست طلاق نماید.
Art. 233 L'un des époux peut demander le divorce en faisant état d'un ensemble de faits, procédant de l'un et de l'autre, qui rendent intolérable le maintien de la vie commune.

مناسب نمی داند ولی به تعبیر خودش جرأت ابراز آن را ندارد. حداقل از این نوع تعبیر این معنی را می توان استفاده کرد که حکم رایج در نظر فقهاء در خصوص نحوه دارا شدن حق فسخ و تفاوت زن و مرد در حق انحلال نکاح که مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته، حکم ضروری فقه نیست که نتوان طریق دیگری را برای آن جستجو کرد. با اتکاء به این پشتوانه و اظهار نظر فقیهانه فقیه معتبری چون امام خمینی(ره) است که می توان گفت قانون مدنی در بخش مواد مربوط به فسخ نکاح برای رفع تبعیض ناروایی که بین زن و مرد وجود دارد جداً نیازمند اصلاح است و اگر نتوان بر سیاق برخی قوانین کشورهای اسلامی که پیشتر از آن یاد کردیم اصولاً وجود هر گونه عیب مضر و نفرت آور و صعب العلاج را در هریك از زوجین برای طرف دیگر موجب حق فسخ دانست و محدود به چند عیب شمرده شده در قانون مدنی و نظر مشهور فقهی نبود حداقل باید همانند نظر معقول و قابل قبولی که در اکثر مذاهب فقهی اهل سنت و برخی از فقهای امامیه(به شرحی که بیان کردیم مثل ابن جنید، قاضی ابن البراج و شهیدثانی) ابراز شده وجود عیوب مهمه‌ای چون جذام و برص و احیاناً برخی عیوب دیگر که مشترك بین زن و مرد است برای هریك از آن دو موجب حق فسخ دانست و زن را که در طلاق هم محدودیت بیشتری دارد از استفاده از آن محروم نکرد.

بخش دوم: طلاق

وضعیت طلاق در حقوق ایران، شاید مانند بسیاری از کشورها، فراز و نشیب‌هایی را طی کرده است و هنوز هم آن گونه که باید و شاید، وضع تثبیت شده و کاملاً مشخص و روشنی ندارد. بحث ما در این بخش بررسی همه ابعاد و احکام طلاق نیست بلکه در مورد تفاوتهایی که در خصوص توسل به این وسیله برای برهم زدن عقد نکاح در حقوق ایران وجود دارد و مبانی آن که همانا موازین اسلامی فقه جعفری است مختصر بحثی و تجزیه و تحلیلی خواهیم داشت و شاید نتیجه گیری و اظهار نظر قطعی هم ارائه ندهیم بلکه نفس شرح و تحلیل و شکافتن موضوع را برای بهره گیری خوانندگان و علاقمندان این مباحث

مفید و مطلوب می‌دانیم. ابتدا سیری اجمالی در قوانین مختلفه موضوعه در حقوق ایران در مورد طلاق خواهیم داشت و آنگاه به شرح چگونگی اختیار و حق مرد و زن در توسل به این طریق پرداخته و مقداری پیرامون مباحث فقهی آن بحث می‌نماییم.

مبحث اول: نگاهی اجمالی به سیر قانونگذاری در مورد طلاق در حقوق ایران

۱ـ طلاق در قانون مدنی

نخستین قانون مدون و منسجمی که در مورد طلاق در حقوق ایران وضع شده مقررات قانون مدنی است که این قسمت آن در سال ۱۳۱۳ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است. البته در قانون راجع به ازدواج مصوب سال ۱۳۱۰ نیز اشاره‌ای به بعضی از احکام مربوط به طلاق وجود داشت که پس از تصویب قانون مدنی مقررات قانون سال ۱۳۱۰ در قانون مدنی درج شد. به‌هرحال طبق قانون مدنی با تلقی از احکام اسلامی و فقه امامیه، اصولاً طلاق در اختیار مرد است و مرد می‌تواند بدون نیاز به جلب موافقت زن و یا گرفتن حکم از دادگاه و ارائه دلیل و علت موجهی زن خود را طلاق دهد، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی می‌گوید: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد.» البته برای واقع ساختن طلاق از سوی مرد، محدودیتهایی وجود دارد از جمله اینکه وقتی زن در حال حیض یا نفاس است نمی‌توان او را طلاق داد یا وقتی با زن عمل زناشویی صورت گرفته قبل از حیض شدن و انقضاء دوران حیض و یا قبل از سپری شدن سه‌ماه از زمان وقوع نزدیکی (مواد ۱۱۴۰، ۱۱۴۱ و ۱۱۴۲) طلاق صحیح نیست[1] ولی همان‌طور که اشاره شد منظور از ماده ۱۱۳۳، که مرد هر وقت بخواهد، می‌تواند زن خود را طلاق دهد، این است که مرد برای طلاق نیازی به موافقت زن و اجازه دادگاه و ارائه دلیل و علت مشخصی برای تصمیم خود

---

۱. ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی: «طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد به طوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند.»

ماده ۱۱۴۱: «طلاق در طهر مواقعه صحیح نیست مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد.»

ماده ۱۱۴۲: «طلاق زنی که با وجود اقتضاء سن، عادت زنانگی نمی‌شود، وقتی صحیح است که از تاریخ آخرین نزدیکی با زن سه ماه گذشته باشد.»

ندارد و از این حیث، آزاد و مختار است که هر گاه بخواهد زن خود را طلاق دهد. طلاق، ایقاع و عمل حقوقی یکجانبه است که با اعلام اراده یك طرفه مرد واقع می‌شود و اثر خود را بجای می گذارد ولی به قول معروف، ایقاع تشریفاتی است که برای وقوع آن، باید صیغه مخصوص طلاق (به عربی: انت طالق) در حضور دو نفر مرد عادل که صیغه طلاق را بشنوند واقع شود.[۱] (ماده ۱۱۳۴) طبق قانون مدنی طلاقی که به‌وسیله مرد واقع می‌شود ممکن است بائن یا رجعی باشد[۲] (ماده ۱۱۴۳)، در طلاق بائن، پس از وقوع طلاق، در واقع بین زن و مرد به‌طور کامل جدایی واقع می‌شود و اگر مرد هم که خود طلاق داده است بخواهد مجدداً علقه زوجیت را برقرار کند باید با موافقت و رضایت زن، مبادرت به عقد نکاح نماید ولی در طلاق رجعی، درواقع می‌توان گفت، جدایی کامل واقع نشده و مرد می‌تواند در ایام عده رجوع کند[۳] (ماده ۱۱۴۸). رجوع نیز ایقاع است و اختیاری است که به‌طور یك‌جانبه به مرد داده شده، و می‌تواند بدون موافقت و رضایت زن با اعلام اراده خویش به صورت لفظی یا فعلی، حالت نکاح و علقه زوجیت را برقرار نماید (البته در ایام عده یعنی در صورتی که از زمان وقوع طلاق بیش از سه طهر یا سه ماه نگذشته باشد.) ماده ۱۱۴۹ق.م. می گوید: «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند مشروط بر اینکه مقرون به قصد رجوع باشد.»

طبق قانون مدنی (ماده ۱۱۴۵)[۴] در مجموع ۵ مورد از طلاقهایی که به‌وسیله مرد واقع می‌شود بائن است و مرد حتی در ایام عده هم حق رجوع ندارد که عبارتند از: طلاق

---

۱. ماده ۱۱۳۴: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.»

۲. ماده ۱۱۴۳: «طلاق بر دو قسم است بائن و رجعی.»

ماده ۱۱۴۴: «در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست.»

۳. ماده ۱۱۴۸: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است.»

۴. ماده ۱۱۴۵: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

۱ـ طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود.

۲ـ طلاق یائسه

۳ـ طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد.

۴ـ سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید.»

غیر مدخوله، طلاق یائسه، طلاق خلع، طلاق مبارات و طلاق سوم که بعد از سه وصلت متوالی صورت گرفته است.[۱] قاعدتاً غیر از این طلاقها، هر گونه طلاق دیگر که با اراده و به وسیله شوهر صورت می گیرد از سوی او نیز در ایام عده قابل رجوع است.

طرق دستیابی زن به طلاق در قانون مدنی

طبق قانون مدنی، زن از سه طریق می تواند به طلاق دست یابد و عقد نکاح را منحل نماید:

۱ـ جلب موافقت شوهر با دادن مقداری مال به او: اگر زنی به هر علت از شوهر خویش، بدش می آید (به تعبیر قانون مدنی از او کراهت دارد) و می خواهد از شوهر جدا شود، چون به هر حال، اختیار طلاق در دست مرد است او می تواند با دادن مالی به شوهر که این مال می تواند تمام یا قسمتی از مهریه زن باشد، نظر شوهر و موافقت او را برای دادن طلاق جلب نماید. این نوع طلاق در قانون مدنی تحت یکی از دو عنوان: طلاق خلع یا طلاق مبارات آمده است که در هر دو مورد زن از شوهر کراهت دارد و با بخشیدن مالی به او می خواهد طلاق خود را بگیرد، تفاوت آن دو در این است که در خلع کراهت فقط از جانب زن است ولی مبارات مربوط به موردی است که کراهت طرفینی است یعنی مرد هم از زن خوشش نمی آید ولی به هر حال چون زن هم کراهت دارد و می خواهد شوهر را راضی برای طلاق دادن نماید، ناگزیر باید مالی به او ببخشد. در مورد مبارات مالی که زن به شوهر می بخشد نباید بیش از میزان مهر باشد.[۲]

---

۱. در فقه، شش طلاق را طلاق بائن شمرده اند که یکی از آنها طلاق صغیر است یعنی اگر مردی با دختر نابالغ کمتر از ۹ سال ازدواج نمود و حتی با او نزدیکی صورت داد (با این که جایز نیست) و بعد دخترك نابالغ را طلاق داد، طلاق مزبور بائن است و مرد حق رجوع ندارد. (شرح لمعه، ج۶، ص ۳۴ و سایر کتب فقهی)
قانون مدنی چون در ابتدا اصولاً نکاح صغیره را پیش بینی نکرده و نکاح با دختر کمتر از ۱۳ سال را اصولاً ممنوع می دانست (ماده ۱۰۴۱ ق.م قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱) بنابراین متعرض حکم طلاق صغیره هم نشده بود ولی با توجه به اینکه در تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ صحت ازدواج کودك نابالغ نیز پیش بینی شده بنابراین طلاق او طبق قانون مدنی متصور است و باید جزء طلاقهای بائن به شمار آید.

۲. ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد طلاق بگیرد اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»

به‌هر صورت طلاق خلع و مبارات از یك جنس و ماهیتاً یکی هستند و از جهتی شبیه عقد می‌باشند یعنی بر مبنای تراضی و توافق طرفین صورت می گیرند، بدین‌صورت که زن به شوهر پیشنهاد می کند با گرفتن مالی از او و یا در مقابل بخشیدن مهریه‌اش او را طلاق دهد و مرد هم قبول می کند که در عوض گرفتن مقدار مالی که طرفین بر آن توافق می کنند زن را مطلقه نماید، در اینجا البته باز طلاق ایقاع است و اراده یك طرفه مرد است که طلاق را محقق می کند ولی انجام این کار در پی درخواست زن و بر مبنای توافق انجام شده بین آن دو صورت می گیرد و همین امر، این اثر را دارد که طلاق واقع شده به‌صورت خلع یا مبارات را از جرگه طلاق رجعی خارج ساخته و آن را بائن می‌نماید در نتیجه، مرد نمی‌تواند در ایام عده رجوع نماید و یك طرفه وضعیت اولیه نکاح را برقرار نماید. ولی اگر زن که مالی را به شوهر بخشیده از هبه خود رجوع کرد، طلاق از بین نمی‌رود چون طلاق ایقاعی است که از سوی مرد صورت گرفته است ولی این حق را برای مرد ایجاد می کند که بتواند در ایام عده رجوع کند، یعنی آن مانعی که برای رجوع و تصمیم یك جانبه مرد وجود داشت برداشته می‌شود. ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی طلاقهای بائن را که مرد حق رجوع ندارد برمی‌شمارد از جمله در بند ۳، می گوید: «طلاق خلع و مبارات، مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد».

۲ـ مراجعه به دادگاه و درخواست طلاق : طبق قانون مدنی زن در برخی از موارد و به استناد برخی از علل و جهات می تواند از دادگاه درخواست جدایی نماید و با اثبات جهات مورد نظر قانونی و گرفتن حکم دادگاه موفق به طلاق و جدایی از شوهر شود. این موارد چنانکه در بخش مربوط به فسخ به آن اشاره کردیم عبارتند از:

الف ـ امتناع شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه مبنی بر الزام او به دادن نفقه و ناتوانی شوهر از دادن نفقه. (ماده ۱۱۲۹)[1]

---

۱. ماده ۱۱۲۹: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.»

ب ـ عدم ایفای سایر حقوق واجبه زناشویی (غیر از انفاق)، ابتلای شوهر به امراض مسری صعب‌العلاج، و سوء معاشرت شوهر، (ماده ۱۱۳۰ سابق قانون مدنی) و به‌طور کلی وجود عسر و حرج و غیر قابل تحمل شدن ادامه زندگی زناشویی برای زن (طبق ماده ۱۱۳۰ اصلاحی سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰).[۱]

ج ـ غایب مفقودالاثر بودن شوهر (ماده ۱۰۲۹ ق.م)[۲]

۳ـ توسل به شرط ضمن عقد نکاح و گرفتن وکالت برای طلاق: ماده ۴ قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۱۰ که پس از تصویب کتاب اشخاص قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ در قالب ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی درآمد، با بیان اینکه طرفین عقد ازدواج می‌توانند در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر، هر شرطی را که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد بنمایند، درواقع رهنمود می‌دهد که زن می‌تواند در ضمن عقد شرایطی را بر شوهر بار نماید و قرار دهد که در صورت تخلف شوهر از شرایط مزبور، وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه خود را مطلقه نماید.[۳]

۲ـ قانون حمایت خانواده و مسأله طلاق

الف ـ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶

در خردادماه سال ۱۳۴۶ قانونی به نام قانون حمایت خانواده به تصویب رسید که تغییراتی در وضعیت طلاق نسبت به قانون مدنی ایجاد کرد. عمده تحولاتی که در قانون

---

۱. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی پس از اصلاحیه: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه، می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

۲. ماده ۱۰۲۹: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند، در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد.»

۳. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی:
«طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل آنکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوءقصد کند یا سوءرفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن، وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.»

حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ در مورد طلاق پدید آمد عبارتند از:

۱ـ لزوم مراجعه به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش برای اجرای صیغه طلاق و ثبت آن (مواد ۸ و ۱۹)[1]

۲ـ مبتنی بودن درخواست طلاق از هریك زن و مرد بر علل موجه (ماده ۸)

۳ـ افزایش مواردی که زن به استناد آنها می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید، چون: محکومیت قطعی همسر به حبس بیش از ۵ سال، ابتلای به هر گونه اعتیاد مضر، اختیار همسر دیگر بدون رضات زوجه، ترك زندگی خانوادگی، محکومیت قطعی به لحاظ ارتکاب جرمی که مغایر حیثیت خانوادگی و شئون طرف باشد... (ماده ۱۱) البته علل و جهات مزبور به غیر از موضوع اختیار همسر دیگر، علل مشترك بین زن و مرد هستند که به موجب قانون مزبور وجود آنها در هریك از زوجین برای طرف دیگر حق می‌داد که به استناد آن از دادگاه درخواست طلاق نماید اما پیداست که نتیجه عملی ذکر این موارد به نفع زن بود که به او امکان می‌داد به غیر از موارد مذکور در قانون مدنی چون: غایب مفقودالاثر شدن شوهر، ترك انفاق، عدم ایفای حقوق واجبه، سوء معاشرت و بیماری صعب‌العلاج به استناد این جهات نیز بتواند درخواست طلاق نماید. ماده ۱۱ قانون مقرر می‌داشت: «علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی در موارد زیر نیز زن یا شوهر بر حسب مورد می‌تواند از دادگاه درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش نماید...»[2]

---

۱. ماده ۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶:

«اجرای صیغه طلاق پس از رسیدگی دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش صورت خواهد گرفت، متقاضی گواهی عدم امکان سازش باید تقاضانامه‌ای به دادگاه تسلیم نماید. در تقاضانامه مذکور باید علل تقاضا بطور موجه قید گردد...»

ماده ۱۹ همان قانون:

«پس از اجرای این قانون، سردفتران طلاق نمی‌توانند برحسب مورد بدون ارائه گواهی عدم امکان سازش یا حکم دادگاه مبادرت به اجرای صیغه طلاق و ثبت آن کنند.»

۲. متن کامل ماده ۱۱ بدین شرح است:

«علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی در موارد زیر نیز زن یا شوهر برحسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کند:

۱ـ در صورتی که زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جریمه که بر اثر عجز از پرداخت

←

نحوه بیان ماده ۱۱ این اختلاف نظر را بین صاحب‌نظران ایجاد کرده بود که آیا با وجود ماده ۸ و نیز مقررات همین ماده ۱۱، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که می گفت: مرد هروقت بخواهد می تواند زن خود را طلاق دهد، منسوخ شده یا همچنان پابرجاست.[۱] برخی با استناد به عبارت: «علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی . . .» که در ماده ۱۱ آمده معتقد بودند یکی از موارد مذکور در قانون مدنی برای طلاق همین حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ است و بنابراین ماده مزبور همچنان به قوت خود باقی است با اینکه شواهد و قرائن و فلسفه تصویب قانون حمایت خانواده و مفاد ماده ۸ آن قانون خلاف این نظر بود ولی به هرحال، این شبهه طرفدارانی داشت تا اینکه اصلاحیه سال ۱۳۵۳ قانون حمایت خانواده به شرحی که بعداً به آن خواهیم پرداخت، شبهه را مرتفع و تکلیف را روشن کرد.

۴ـ تحول بسیار مهم این بود که طلاق واقع شده طبق این قانون طلاق بائن اعلام شده بود. ذیل ماده ۱۷ مقرر می‌داشت: «. . . این طلاق، طبق مقررات قانون مدنی بائن خواهد بود.»

در ماده ۱۷، این قانون پیش‌بینی شده بود که: «مقررات ماده ۱۱ به صورت شرایط ضمن‌العقد در ورقه عقد ازدواج قید و در این موارد وکالت بلاعزل زن برای اجرای طلاق تصریح خواهد شد. . .» در واقع، قانونگذار قانون حمایت خانواده خواسته بود با این ترتیب به گونه‌ای ظاهر شرعی موضوع، حداقل برای ازدواجهایی که پس از تاریخ اجرای این قانون



منجر به پنج سال حبس شود و یا به حبس و جریمه‌ای که مجموعاً منتهی به پنج سال حبس یا بیشتر شود محکوم گردد و حکم حبس یا جریمه درحال اجرا باشد.

۲ـ ابتلاء به هرگونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد.

۳ـ هرگاه زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار کند.

۴ـ هرگاه یکی از زوجین زندگی خانوادگی را ترك کند، تشخیص ترك زندگی خانوادگی با دادگاه است.

۵ـ در صورتی که هر یك از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد، به حکم قطعی در دادگاه محکوم شود، تشخیص اینکه جرمی مغایر حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقع طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه می‌باشد.»

۱. مختصر حقوق خانواده، دکتر صفائی، دکتر امامی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۲۰۲.

منعقد می‌شد، حفظ شود و طلاقهایی که با درخواست زن و بدون موافقت شوهر درپی صدور گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود، به صورت اعمال وکالت زن از سوی شوهر صورت گرفته و در قالب موازین فقهی باشد.

ب- قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳

در بهمن‌ماه سال ۱۳۵۳ قانون اصلاحی حمایت خانواده به تصویب رسید و تغییراتی در قانون سال ۱۳۴۶ پدید آمد. در این قانون، در زمینه طلاق قدری روشن‌تر با مسأله برخورد شد و حفظ ظاهری هم که در ماده ۱۷ قانون سابق‌الذکر به عمل آمده بود دیگر لازم دانسته نشد. ابهام موجود در ماده ۱۱ قانون سابق نیز رفع شد و ماده ۸ قانون مشخصاً مواردی را که هریك از زوجین می‌تواند درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش و طلاق نماید احصاء شد. در ماده ۸ مزبور چهارده مورد ذکر شده است که هریك از زن و مرد حسب مورد می‌توانند به استناد آنها درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌نماید. موارد مذکور در ماده ۸ شامل کلیه موارد ذکر شده در قانون مدنی از قبیل ترك انفاق و غیره و ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ می‌شود و برخی موارد جدید از قبیل عقیم بودن یکی از زوجین، عدم تمکین زن از شوهر، جنون یکی از زوجین در موردی که حق فسخ وجود ندارد، توافق زوجین بر طلاق و عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی زن یا شوهر است، را نیز دربر دارد.[1]

---

۱. متن ماده ۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳:

«در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد:

۱ـ توافق زوجین

۲ـ استنکاف شوهر از دادن نفقه زن و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را اوفا نکند و اجبار او به ایفا هم ممکن نباشد.

۳ـ عدم تمکین زن از شوهر

۴ـ سوءرفتار و یا سوءمعاشرت هر یك از زوجین به حدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیر قابل تحمل نماید.

۵ـ ابتلاء هر یك از زوجین به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زندگی زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد.

←

طبق تبصره ماده ۸: «طلاقی که به موجب این قانون و براساس گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است.»

ملاحظه می‌شود که با تصویب و اجرای قانون حمایت خانواده، و به‌خصوص در دوره حکومت قانون سال ۱۳۵۳، اختیار مطلق و نامحدود مرد بر دادن طلاق از میان برداشته شد. هریك از زن و مرد که متقاضی طلاق باشد باید به دادگاه مراجعه کند و درخواست طلاق نماید. درخواست او باید مستند به یکی از موارد مذکور، در قانون باشد و تشخیص وجود این موارد با دادگاه است که اگر تشخیص داد گواهی عدم امکان سازش صادر می‌نماید و هریك از زن و مرد با در دست داشتن گواهی مزبور می‌تواند ظرف مدت سه ماه به دفتر طلاق مراجعه نماید. دفتر طلاق با قرار دادن مهلتی که نباید از یك ماه تجاوز کند به طرف دیگر اخطار می‌کند برای طلاق حاضر شود و اگر حاضر نشود حتی اگر مرد

→

۶ـ جنون هر یك اززوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد.

۷ـ عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد.

۸ـ محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال حبس و بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

۹ـ ابتلاء به هر گونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیر ممکن سازد.

۱۰ـ هرگاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید.

۱۱ـ هر یك از زوجین زندگی خانوادگی را ترك کند، تشخیص ترك زندگی خانوادگی با دادگاه است.

۱۲ـ محکومیت قطعی هر یك اززوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد.

تشخیص اینکه جرمی مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقع طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۳ـ در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند.

۱۴ـ در مورد غایب مفقودالاثر با رعایت مقررات ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی.

باشد، دفتر صیغه طلاق را اجرا و ثبت می‌نماید.[۱] (ماده ۲۱) و خلاصه حق رجوعی که قانون مدنی در طلاق رجعی برای مرد شناخته بود، در این قانون به آن شکل از بین رفت و رجوع و برگشت به نکاح بدون عقد مجدد با جلب موافقت زوجه میسر گردید و از حالت ایقاع و حق یك‌طرفه بودن برای مردان خارج شد، (ـ تبصره ماده ۸: طلاقی که به موجب این قانون و براساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود فقط درصورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است.) در این قانون پیش‌بینی شده بود که اگر طلاق به خاطر سوءرفتار و قصور یکی از زوجین باشد، ملزم گردد مقرری ماهانه و متناسبی در حق طرف دیگر پرداخت نماید.[۲]

پیداست که این قانون با این نوع مقررات، بشدت مورد مخالفت متشرعین قرار داشت و احکام آن را در محدود کردن اختیار مرد در طلاق و رجوع، خلاف موازین قطعی شرعی می‌دانستند و لذا پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی خیلی زود این مقررات مربوط به طلاق از قانون حمایت خانواده به شرحی که خواهیم گفت نسخ شد.

۳ـ حکم طلاق در قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی، قانونی تحت

---

۱. ماده ۲۱:

«مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش سه ماه از تاریخ صدور است، در صورتی که ظرف این مدت گواهی مذکور به دفتر طلاق تسلیم نشود، از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. دفاتر طلاق پس از ارائه گواهی عدم امکان سازش از ناحیه هر یك از زوجین، به طرف دیگر اخطار می‌نمایند، ظرف مهلتی که از یك ماه تجاوز ننماید، برای اجرای صیغه طلاق و ثبت آن حاضر شود، در صورتی که ظرف مهلت مقرر حاضر نشود، دفتر طلاق، مکلف است حسب تقاضای یکی از طرفین صیغه طلاق را جاری و ثبت نماید.»

۲. ماده ۱۱ این قانون مقرر می‌داشت:

«دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یك از طرفین در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش مستند به سوءرفتار و قصور طرف دیگر باشد، او را با توجه به وضع و سن طرفین و مدت زناشویی به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید، مشروط به اینکه عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد. پرداخت مقرری مذکور در صورت ازدواج مجدد محکوم‌له یا ایجاد درآمد کافی برای او یا کاهش درآمد یا عسرت محکوم‌علیه یا فوت محکوم‌له به حکم همان دادگاه حسب مورد تقلیل یافته یا قطع خواهد شد.»

عنوان لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص به تصویب رسید[1] و بر مبنای آن دادگاه خاصی برای رسیدگی به دعاوی مربوط به نکاح و طلاق و نسب و وصیت و وقف و امثال آنها تشکیل شد. در تبصره ۲ ماده ۳ قانون مزبور، تصریح شد که: «موارد طلاق، همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...»

بنابراین با تصویب این قانون، مقررات قانون حمایت خانواده درخصوص طلاق و مواردی که در آن قانون برای درخواست طلاق شمرده شده و محدودیتی که برای مرد ایجاد و بسط یدی که برای زن پدید آمده بود از بین رفت، ولی درعین حال، اندك محدودیتی برای اقدام مرد به طلاق پیش‌بینی شد، زیرا به موجب همین تبصره: «در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می کند، دادگاه بدواً حسب آیه کریمه: «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من‌اهله و حکما من اهلها، ان یریدا اصلاحاً یوفق‌الله بینهما ان‌الله کان علیما خبیرا» موضوع را به داوری ارجاع می کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد. در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد مراجعه به دادگاه لازم نیست. نتیجتاً طبق قانون دادگاه مدنی خاص، اگر زن و شوهر متفقاً متقاضی طلاق باشند، نیازی به مراجعه به دادگاه ندارند و خود با رجوع به دفتر طلاق، نسبت به‌اجرای صیغه طلاق و ثبت آن اقدام می کنند.

اگر زن، متقاضی طلاق باشد، باید فقط در محدوده مواردی که در قانون مدنی آمده است به دادگاه مراجعه کند و با اثبات موضوع از دادگاه حکم الزام شوهر را به طلاق بگیرد و درغیر موارد مذکور در قانون مدنی نمی تواند درخواست طلاق نماید.

اگر مرد به تنهایی خواهان طلاق باشد، درعین حال که طبق قانون مدنی، اختیار طلاق در دست اوست و می تواند هروقت بخواهد زن خود را طلاق دهد ولی باید از یك مرحله و سدی عبور نماید یعنی باید درخواست خود را به دادگاه بدهد و دادگاه موضوع را به داوری ارجاع نماید، داورها سعی در برقراری سازش و جلوگیری از وقوع طلاق می نمایند ولی اگر

---

۱. ر.ك: مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸، چاپ روزنامه رسمی، ص ۱۸۰.

موفق به آشتی دادن دو طرف و برقراری صلح و سازش میان آنها نشدند، دادگاه به شوهر اجازه می‌دهد که زن خود را طلاق دهد.

۴- قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق

حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۳ قانون دادگاه مدنی خاص تا تصویب و اجرای قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۱ حاکم بود.

قانون مزبور تحت عنوان ماده واحده با ۷ تبصره، ابتدا در اسفندماه ۱۳۷۰ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و چون تبصره ۶ آن که مربوط به پرداخت مبلغی از سوی شوهر به زن، هنگام طلاق تحت عنوان اجرةالمثل انجام کارهای منزل از سوی زن بود مورد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان قرار داشت سرانجام این مصوبه در آبان ماه ۱۳۷۱ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسید[1] و برای اجرا ابلاغ شد.

این قانون که در جهت تأمین بهتر حقوق زنان در موقع طلاق و درواقع جلوگیری از اجحافی که احیاناً توسط شوهرانشان به آنها روا داشته می‌شد تصویب شد، مهمترین هدفش عبارت است از الزام مراجعه به دادگاه برای طلاق حتی در صورت توافق زوجین و تضمین پرداخت حقوق مالی زوجه چون مهریه، نفقه و جهیزیه و جبران مالی زحمات زن خانه‌دار در دوران زندگی زناشویی.

در این قانون، نوعی عقب گرد به قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ به چشم می‌خورد، چرا که وقوع ثبت طلاق را خواه به خواست شوهر یا زن یا توافق هر دو باشد موکول به رسیدگی دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش دانسته و ثبت طلاق بدون گواهی عدم امکان سازش را ممنوع و موجب پیگرد اعلام کرده است.

متن ماده واحده بدین شرح است:

«از تاریخ تصویب این قانون، زوجهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند، چنانچه

---

۱. ر.ک: مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱، ص ۴۹۰.

اختلاف فیمابین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آن‌طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد دفاتر رسمی طلاق، حق ثبت طلاقهایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند. درغیر این صورت، از سردفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.»

چنانکه ملاحظه می‌شود همان اصطلاح و تقریباً حکمی که در قانون حمایت خانواده (ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳)[۱] در مورد لزوم رجوع به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش پیش‌بینی شده بود در این مصوبه مجلس شورای اسلامی نیز منعکس گردید. قاعدتاً انتظار می‌رفت فقهای شورای نگهبان این ماده واحده را که اختیار مرد را در طلاق محدود و مشروط به رسیدگی و صدور گواهی دادگاه می‌نمود تأیید نکنند و مخالف شرع، اعلام نمایند، ولی آنها خود را این گونه قانع نمودند که در این ماده واحده برخلاف ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده فقط ثبت طلاق که عملی اداری و الزام حکومتی است موکول به صدور گواهی عدم امکان سازش شده و تخلف از آن قابل پیگیری اعلام شده است، نه اجرای صیغه طلاق و واقع ساختن آن. و بنابراین از نظر آنان، اگر مردی بدون مراجعه به دادگاه بتواند دو شاهد عادل پیدا کند و صیغه طلاق را با جمع بودن شرایط ماهوی قانون مدنی خودش یا وکیلش اجرا نماید، طلاق واقع شده صحیح است ولی طلاق غیررسمی است و دفاتر طلاق حق ثبت آن را ندارند.

در این قانون موارد و علل و جهاتی که هریك از زوجین می‌توانند به استناد آنها درخواست طلاق نمایند ذکر نشده بلکه عنایت قانون به این بوده است که حتماً درخواست طلاق باید در دادگاه مطرح شود و دادگاه با ارجاع امر به داور سعی در برقراری سازش و منصرف کردن آنان از طلاق نماید و اگر مساعی دادگاه به نتیجه نرسید با صدور گواهی عدم

---

۱. ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳:

«اجرای صیغه طلاق و ثبت آن پس از رسیدگی دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش صورت خواهد گرفت متقاضی گواهی عدم امکان سازش باید تقاضانامه‌ای به دادگاه تسلیم نماید که در آن علل تقاضا به طور موجه قید گردد.»

امکان سازش، این امکان را به طرفین بدهد که طلاق را واقع و آن را به ثبت برسانند.

از لحاظ ماهوی علی القاعده مرد به هر علتی می تواند متقاضی طلاق باشد و اگر داوران و دادگاه به هر علت نتوانستند سازش برقرار کنند و در واقع مرد را از طلاق دادن منصرف نمایند، گواهی عدم امکان سازش صادر می گردد و زن نیز در محدوده موارد مقرر در قانون مدنی، می تواند درخواست طلاق نماید و در این حالت هم باز موضوع به داوران ارجاع می شود و سعی می گردد از طلاق جلوگیری شود ولی اگر این مساعی نتیجه بخش نبود باز گواهی عدم امکان سازش صادر می شود. در واقع در این مورد با توجه به مقررات مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی قاعدتاً دادگاه باید حکم به الزام شوهر به طلاق صادر نماید ولی طبق ماده واحده قانونی مصوب سال ۱۳۷۱ قاعدتاً در این مورد هم دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر نماید. در این قانون مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و ضمانت اجرای اعتبار آن یعنی اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در صورت امتناع یکی از زوجین بخصوص شوهر پیش بینی نشده بود، ولی این موضوع نیز با عقب گردی دیگر به قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ یعنی تصویب قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش در آبان ماه ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی حل شد.[۱] به موجب این ماده واحده اعتبار گواهی عدم امکان سازش همانند ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده سه ماه تعیین شد ولی در صورت عدم حضور یکی از

---

۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، ص ۶۹۸، متن ماده واحده به این شرح است:

«گواهی صادره از مراجع قضایی در خصوص عدم امکان سازش بین زن و شوهر چنانچه ظرف مدت سه ماه از تاریخ ابلاغ، به دفتر ثبت طلاق تسلیم نشود، از اعتبار ساقط خواهد بود.

در صورتی که ظرف مدت مقرر گواهی یادشده جهت اجرای طلاق تسلیم دفتر ثبت طلاق شود، سردفتر مکلف است به طرفین اعلام نماید تا جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن حضور یابند، در صورت عدم حضور هر یك از طرفین در وقت مقرر، برای مرتبه دوم حداکثر ظرف مدت یك ماه دعوت و به شرح ذیل عمل خواهد شد:

الف ـ در صورت امتناع زوجه از حضور، زوج صیغه طلاق را جاری و پس از ثبت به وسیله دفترخانه به اطلاع زوجه رسانده می شود.

ب ـ در صورت امتناع زوج از حضور، و اجرای طلاق، دفتر، مراتب را تأیید و به دادگاه صادر کننده گواهی اعلام می دارد. دادگاه به درخواست زوجه، زوج را احضار و در صورت امتناع از حضور، دادگاه با رعایت جهات شرعی صیغه طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر ثبت طلاق صادر می کند.

ج ـ در صورتی که زوج به دفترخانه مراجعه ولی از اجرای صیغه طلاق امتناع نماید، مطابق بند (ب) عمل خواهد شد.»

طرفین در وقت مقرر، سردفتر مکلف است وقت دیگری حداکثر به مدت یك ماه تعیین کند. در این صورت اگر باز یکی از طرفین حاضر نشد بر خلاف ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده که دفتر طلاق مکلف بود صیغه طلاق را اجرا و آن را ثبت نماید، طبق این قانون، اگر ممتنع، زوجه باشد زوج صیغه طلاق را جاری می کند و به ثبت می رسد ولی اگر زوج از حضور، امتناع نماید، مراتب به اطلاع دادگاه صادر کننده گواهی می رسد، این بار دادگاه به درخواست زوجه، زوج را احضار می کند و در صورت امتناع از حضور در دادگاه در این صورت دادگاه صیغه طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر طلاق صادر می نمایند. به نظر می رسد، روندی که در این قانون پیش بینی شده مسیر طولانی تر و دشوارتری را بر سر راه زوجه ای که مثلاً به عنوان عسر و حرج و با استفاده از ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی از دادگاه درخواست طلاق نموده، برای رسیدن به طلاق و جدایی نهاده است.

۵ـ جمع بندی وضعیت زن و مرد نسبت به طلاق در قوانین موضوعه ایران

در این سیر نسبتاً مفصلی که در قوانین مختلفه در مورد طلاق نمودیم و دیدیم که فراز و نشیب هایی در ارتباط باتساوی یا اختلاف هریك از زن و مرد نسبت به استفاده از طلاق وجود داشت در مجموع می توان در هر حال حاضر یعنی طبق قوانین موضوعه و معمول فعلی به این جمع بندی رسید که در حقوق ایران، علی الاصول اختیار طلاق در دست مرد است، یعنی مرد هر وقت بخواهد می تواند اقدام به طلاق دادن زن خود بنماید بدین معنی که ملزم نیست جهت خاصی را برای تصمیم خود نسبت به طلاق دادن ذکر کند ولی این محدودیت برای مرد وجود دارد که اگر بخواهد طلاق دهد حتماً باید به دادگاه مراجعه نماید و دادگاه به امید رسیدن به سازش و منصرف کردن مرد از طلاق موضوع را به داوری ارجاع می نماید و طبعاً برای مدتی مانع اجرای تصمیم او می شود اما به هر حال اگر مرد مصمم بر طلاق باشد و کنار نیاید سرانجام دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می کند و مرد با در دست داشتن آن می تواند رسماً طلاق را واقع و ثبت نماید. بنابراین اختیار مطلق و غیر محدود مرد برای طلاق دادن طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مطابق آخرین قانون مصوب در مورد طلاق فقط از لحاظ شکلی تا این حد محدود شده که نمی تواند رأساً اقدام به طلاق

دادن همسر خود نماید بلکه باید به دادگاه رجوع کند و طبعاً مدت اعمال این اختیار اندکی به عقب می‌افتد. همچنین با توجه به نحوه تعبیر ماده واحده مصوب سال ۱۳۷۱ و مذاکرات جانبی هنگام بررسی تصویب آن به نظر می‌رسد اگر مردی ریسك واقع ساختن طلاق به صورت غیررسمی را بنماید و بدون مراجعه به دادگاه با ملاحظه شروط ماهوی صحت طلاق طبق قانون مدنی زن خود را طلاق دهد، طلاقش صحیح و معتبر است. ولی البته امروزه کمتر کسی ریسك این عمل و تبعات آن را می‌پذیرد و حاضر به واقع ساختن طلاق به صورت غیررسمی می‌شود.

با این ترتیب می‌توان گفت در حقوق ایران، عملاً، محدودیتی در اعمال اختیار طلاق برای مرد ایجاد شده است، زیرا برای ثبت طلاق ناگزیر باید به دادگاه مراجعه و اجازه دادگاه را که همانا گواهی عدم امکان سازش است دریافت نماید.

ولی زن اگر متقاضی طلاق باشد، علاوه بر آنکه باید به دادگاه مراجعه نماید، درخواست طلاق خود را نیز باید در قالب یکی از موارد خاص پیش‌بینی شده در قانون مدنی، یعنی ترك انفاق یا عسروحرج مطرح نمایدو آن را ثابت کند یا در ضمن عقد بر شوهر شرط یا شروطی کرده و وکالت گرفته باشد که در صورت تخلف از آن شروط خود را مطلقه نماید و در دادگاه گرفتن وکالت و تخلف از شرط را اثبات نماید تا موفق به اخذ گواهی عدم امکان سازش شود.

همچنین زن می‌تواند با بخشیدن مهریه یا بذل مال دیگری به شوهر، موافقت او را برای طلاق جلب کند و در این صورت با توافق از دادگاه درخواست طلاق نمایند.

به هر حال، در اصل درخواست طلاق، این تفاوت بین زن و مرد، در حال حاضر وجود دارد.

تفاوت دیگر اینکه پس از گرفتن گواهی عدم امکان سازش نیز اگر زن به موقع در دفترخانه حاضر نشد، مرد می‌تواند با حضور در دفتر طلاق صیغه طلاق را جاری و آن را به ثبت برساند. ولی اگر مرد حاضر نشد، زن باید روند جدیدی را طی کند و به دادگاه مراجعه نماید و از نو حکم دادگاه را بر اجرای صیغه طلاق بگیرد.

تفاوت دیگر بین زن و مرد در مورد طلاق، مسأله حق رجوع است که همچنان طبق

ماده واحده قانون طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ نیز برای مرد شناخته شده است و جز در موارد طلاق بائن، مرد این حق را دارد که در ایام عده یك طرفه تصمیم به برگرداندن وضع به حال اول یعنی برقراری وضع نکاح نماید و درواقع طلاق را منتفی سازد و موافقت زن هم شرط نیست.

تقریباً می‌توان به این نتیجه رسید که در حقوق ایران و طبق مقررات موجود فعلی اگر مردی از زن خود به هر علت و جهتی خوشش نیاید و مایل به ادامه زندگی زناشویی با او نباشد، می‌تواند با طرح درخواست خود در دادگاه و مؤثر واقع نشدن نصایح دادگاه و مساعی داوران، گواهی عدم امکان سازش دریافت و زن را مطلقه نماید. فقط طبق تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق سال ۱۳۷۱ اگر وقوع طلاق به خاطر سوءرفتار و قصور زن نبود، شوهر به حکم دادگاه ملزم است به تناسب سنوات زندگی زناشویی و وضع مالی شوهر و نوع خانه‌داری زن، مبلغی را به زن بپردازد.

ولی اگر زن از شوهرش کراهت دارد و خوشش نمی‌آید، در صورتی می‌تواند از دادگاه گواهی عدم امکان سازش دریافت کند که یا بتواند ثابت کند وضعیت به گونه‌ای است که ادامه زندگی زناشویی با شوهر عادتاً غیرقابل تحمل است و طبعاً برای این کار باید اموری از قبیل بیماری خطرناك، یا اعتیاد مضر یا سوءرفتار غیرعادی شوهر و امثال آنها را ثابت نماید. و یا باید با دادن مالی به شوهر نظر و موافقت او را جلب کند و در واقع شوهر را حاضر به دادن طلاق بنماید (از طریق خلع یا مبارات) و طبعاً اگر شوهر حاضر نشد با گرفتن مال، زن را طلاق دهد، گواهی عدم امکان سازش صادر نخواهد شد و این معنی در قانون پیش‌بینی نشده که اگر زن به هر علت از شوهر، خوشش نیامد و با انصراف از مهریه خود، خواستار طلاق بود، دادگاه بتواند گواهی عدم امکان سازش صادر کند و به تعبیری مرد را ملزم به طلاق نماید. البته اگر مبنای فقهی این مسأله حل شود، شاید بتوان با تفسیر موسعی از ماده واحده قانون طلاق سال ۱۳۷۱، این معنی را برداشت نمود. در بحث مبانی فقهی مربوط به طلاق خلع متعرض این مسأله خواهیم شد.

اشاره‌ای به وضع طلاق در قوانین دیگر کشورهای اسلامی

قوانین خانواده و احوال شخصیه عمده کشورهای اسلامی نیز علی الاصول طلاق را

در اختیار مرد می‌دانند ولی بسیاری از آنها از یک سو سعی کردند با الزام مراجعه به دادگاه و یا بیان علل و موجبات درخواست طلاق محدودیتهایی در اعمال این اختیار ایجاد کنند و از سوی دیگر تلاش کردند تسهیلاتی برای درخواست طلاق و جدایی از جانب زن در مواردی که ادامه زندگی زناشویی برایش دشوار و موجب ضرر است فراهم آورند، به عنوان نمونه اشاره‌ای به کشورهای زیر که قوانین آنها در اختیار ما قرار داشت می‌نماییم:

مصر: از ملاحظه مقررات مربوط به نکاح و طلاق و تفسیرهای آن این گونه برمی‌آید که علی‌الاصول طلاق ایقاع است و مرد می‌تواند مستقلاً طلاق را واقع سازد ولی زن هم می‌تواند برای دفع ضرر از خود از دادگاه درخواست طلاق نماید.[1] از ماده ۵ قانون اصلاحی طلاق مصوب سال ۱۹۸۵ چنین مستفاد است که حتی ممکن است شوهر زن را طلاق دهد بدون اینکه زن از آن مطلع گردد ولی البته آثار و حقوق مالی مترتب بر طلاق از زمان اطلاع زن حاصل می‌شود[2] و به هر حال طبق ماده ۶ قانون مزبور که در بحث فسخ هم به آن اشاره کردیم زن می‌تواند در صورتی که مدعی باشد ادامه زندگی زناشویی برای او زیان‌آور است درخواست طلاق نماید.

سوریه: طبق قانون احوال شخصیه سوریه نیز اختیار طلاق در دست مرد است و ماده ۸۵ قانون مزبور مصوب سال ۱۹۵۳ مردی را که دارای ۱۸ سال تمام باشد دارای اهلیت کامل برای طلاق دادن می‌داند. زن نیز طبق ماده ۱۰۵ در دو مورد یکی در صورت وجود عیوب مانع از عمل زناشویی و دیگری در مورد حدوث جنون شوهر بعد از عقد می‌تواند درخواست جدائی کند.

البته غیبت غیرموجه بیش از سه سال و محکومیت به حبس بیش از سه سال و ترک

---

۱. قانون الاحوال الشخصیه مصر، ص ۱۴ در ارتباط با تفسیرات توضیحی مربوط به اصلاحات سال ۱۹۸۵ در مورد مقررات طلاق و توجیه آنها و بیان حکمت تشریع طلاق می‌گوید: مرد وقتی فهمید ادامه زندگی مشترک به نحو مطلوب میسور نیست می‌تواند مستقلاً طلاق را واقع سازد و زن هم می‌تواند در این صورت از دادگاه درخواست طلاق نماید: «... فللرجل ان یوقع الطلاق مستقلا بایقاعه اذا علم ذالك، و للمرأة ان تطلب الی القاضی التطلیق اذا علمت ذالك بعد ان یلحقها الضرر لای سبب من الاسباب الموجبة»

۲. پیشین، ص ۵: «... و تترتب آثار الطلاق من تاریخ ایقاعه الا اذا اخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حیث المیراث و الحقوق المالیة الاخری الا من تاریخ علمها به»

انفاق نیز از موجبات درخواست طلاق از جانب زن می‌باشد. (مواد ۱۰۹ و ۱۱۰) و طبق ماده ۱۱۷ در صورتی که پس از وقوع طلاق از ناحیه مرد، معلوم شود که مرد بدون جهت موجهی زن را طلاق داده و زن از این جهت دچار سختی معیشت شده است، دادگاه می‌تواند مرد را با توجه به اوضاع و احوال به پرداخت مبلغی تا حد نفقه یك سال در حق زوجه محکوم نماید.[۱]

الجزایر: طبق قانون خانواده الجزایر[۲] نیز علی‌الاصول طلاق در دست مرد است ولی زن هم در مواردی می‌تواند درخواست طلاق نماید. ماده ۴۸ قانون مزبور مصوب سال ۱۹۸۴ می‌گوید: «طلاق عبارت است از انحلال عقد ازدواج و این امر یا به اراده زوج و یا با توافق طرفین و یا با درخواست زوجه در حدود مقررات مواد ۵۳ و ۵۴ صورت می‌گیرد.» طبق ماده ۴۹ طلاق باید پس از گرفتن حکم از دادگاه صورت گیرد.

ماده ۵۵ این قانون پیش‌بینی کرده است که نشوز هریك از زوجین می‌تواند موجب صدور حکم طلاق از ناحیه دادگاه گردد.[۳]

لبنان: قانون احوال شخصیه مصوب سال ۱۹۱۷ با اصلاحات سال ۱۹۶۲،[۴] طلاق را در اختیار شوهر می‌داند (ماده ۱۰۲: الزوج المکلف اهل للطلاق) و او را ملزم می‌داند که پس از واقع ساختن طلاق، مراتب را به اطلاع دادگاه برساند. (ماده ۱۱۰)[5]

عراق: طبق قانون احوال شخصیه عراق مصوب سال ۱۹۵۹ که در سال ۱۹۷۸ و سالهای بعد اصلاحات عمده‌ای مخصوصاً در زمینه طلاق در آن به عمل آمده[۶] و دامنه درخواست طلاق قضایی افزایش یافته است، علی‌الاصول طلاق در دست مرد است و ممکن است با وکالت به زن واگذار شود و یا با حکم قاضی صورت گیرد. (ماده ۳۴)

ماده ۳۹؛ مراجعه به دادگاه احوال شخصیه و گرفتن حکم از دادگاه را برای دادن

---

۱. قانون الاحوال الشخصیه سوریه، گردآوری نزار اعرابی.

۲. قانون الاسرة الجزایر، قانون شماره ۸۴ـ۱۱، مصوب نهم رمضان ۱۴۰۴ هجری قمری.

۳. پیشین، ماده ۵۵: «عند نشوز احدالزوجین یحکم القاضی بالطلاق و بالتعویض للطرف المتضرر.»

۴. الاحوال الشخصیه، «النصوص المرعیة الاجراء فی لبنان، جمع آوری ماهر محمصانی و ابتسام مسرة».

۵. ماده ۱۱۰: «الزوج الذی یطلق زوجته مجبور علی اخبار الحاکم بذالك.»

۶. قانون الاحوال الشخصیه و تعدیلاته، چاپ ششم، بغداد، ۱۹۹۱.

طلاق لازم می‌داند و در عین حال مقرر می‌دارد که اگر مراجعه به دادگاه برای مرد میسور نبود می‌تواند طلاق دهد ولی لازم می‌داند در زمان عده به دادگاه مراجعه کند و طلاق را ثبت نماید.

در همین ماده پیش‌بینی شده که اگر مردی زنش را طلاق داد و برای دادگاه روشن شد که در این امر بر زن ستم روا داشته و زن دچار ضرر شده است به درخواست زن، دادگاه شوهر را به پرداخت مبلغی که می‌تواند تا حد نفقه دو سال زن باشد، محکوم نماید.

قانون احوال شخصیه عراق تحت عنوان تفریق قضایی، موارد مختلفه‌ای را که هریك از زوجین و بخصوص زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند برشمرده است. (ماده ۴۳)

کویت: طبق قانون احوال شخصیه کویت نیز اصولاً طلاق در اختیار مرد است و ماده ۹۷ قانون مزبور می گوید: «طلاق عبارت است از انحلال عقد نکاح صحیح به اراده زوج یا قائم‌مقام او به لفظ مخصوص.»[۱]

در این قانون از لزوم مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم محکمه برای واقع ساختن طلاق از ناحیه مرد سخنی نرفته است ولی تحت عنوان تفریق قضایی مواردی که زن می‌تواند از دادگاه درخواست صدور حکم طلاق نماید مانند ترك انفاق، ایلاء[۲]، ضرر، غایب بودن، و محبوس بودن ذکر شده است.

اندونزی: قانون ازدواج اندونزی مصوب سال[۳] ۱۹۷۴ با هدف ایجاد اصلاحات و بهبود وضعیت حقوق زن در امر نکاح و طلاق و به تعبیر مقدمه قانون ملاحظه مقررات

---

۱. قانون الاحوال الشخصیه، کویت ماده ۹۷: «الطلاق هو حل عقدة‌الزواج الصحیح بارادة‌الزوج، او من یقوم مقامه، بلفظ مخصوص...»

۲. ایلاء بدین معنی است که شوهر سوگند یاد می کند با زن خود هم‌بستر نشود، در قرآن مجید سوره بقره آیه ۲۲۶ از این امر سخن رفته است: «للذین یؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر».
و در کتابهای فقهی حکم آن بیان شده ولی در بین قوانین موضوعه که ما دیدیم قانون احوال شخصیه کویت حکم آن را بیان کرده و از موجبات درخواست طلاق از ناحیه زن دانسته است، ماده ۱۲۳ قانون مزبور می گوید: اگر مرد قسم بخورد که بیش از چهار ماه با زن هم‌بستر نشود یا مدتی تعیین نکند و به هر حال چهار ماه بگذرد و بر این سوگند خود باقی باشد، با درخواست زن، دادگاه طلاق می‌دهد.

۳. قانون الازدواج فی اندونیسیا، مصوب سال ۱۹۷۴، از انتشارات وزارت امور دینی اندونزی سال ۱۴۰۷ هجری قمری ـ ۱۹۷۶ میلادی ـ ترجمه رسمی از زبان اندونزی به عربی.

اسلامی و مقتضیات زمان و تحولات عصر حاضر تنظیم و تصویب شده و در مورد طلاق دیدگاهی متفاوت از بسیاری از قوانینی که به آنها اشاره کردیم دارد و به هر حال طبق قانون طلاق، الزاماً باید طلاق در حضور دادگاه و پس از انجام مساعی لازم برای اصلاح و سازش صورت گیرد. هنگامی اجازه طلاق داده می‌شود که دلایل کافی و موجهی بر عدم امکان ادامه زندگی زناشویی وجود داشته باشد (ماده ۳۹) درخواست طلاق نیز حتی اگر از سوی زوج باشد باید ضمن دادخواستی تقدیم دادگاه گردد و موجبات درخواست طلاق در آن ذکر گردد (ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون ازدواج سال ۱۹۷۵) . ماده ۱۹ همان آیین‌نامه موجبات درخواست طلاق را که از قبیل ارتکاب جرم، اعتیاد به الکل و موادمخدر، قمار، ترك زندگی خانوادگی، محکومیت ۵ سال به زندان، سوء رفتار و امثال آنهاست در چندین بند ذکر کرده است.

تقریباً قانون ازدواج اندونزی در قسمت طلاق نظیر قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ ایران است.

مالزی: با اینکه مالزی یك کشور بزرگ اسلامی است که اکثریت سکنه آن را مسلمانان تشکیل می‌دهند و دین رسمی و یا به تعبیر قانون اساسی مالزی[۱]، دین دولت دین اسلام است، ولی اقلیت بزرگ و معتنابهی غیرمسلمان نیز در آن زندگی می‌کنند، مالزی دارای دولت فدرال است که مرکب از سی ایالت می‌باشد. برخی از قوانین و مقررات تابع حکومت فدرال است و در بعضی از زمینه‌ها هر ایالت مقررات خاص خود را وضع و اجرا می‌نماید، در زمینه مسائل مربوط به نکاح و طلاق در مالزی یك سلسله مقررات عرفی و مربوط به فدرال وجود دارد و در عین حال در ایالات مختلف مقررات مذهبی اسلامی در دادگاهها رایج و قابل اجراست.[۲]

در ارتباط با طلاق، قانون ازدواج و طلاق سال ۱۹۷۶ و اصلاحات بعدی آن به طور کلی حاکم است که طبق آن قانون طلاق باید با حکم دادگاه صورت گیرد و درخواست طلاق

---

۱. بند ۱ ماده ۳ قانون اساسی دولت فدرال مالزی: "Islam is the religion of the Federation"

2. Family law in Malaysia and Singapore By: Ahmad Ibrahim ص ۱ ۱۹۸۴ چاپ دوم:

قبل از انقضاء دو سال از تاریخ ازدواج، در دادگاه پذیرفته نمی‌شود.

درخواست طلاق از سوی هر یك از زوجین ممکن است مطرح شود و در صورتی دادگاه حکم طلاق می‌دهد که ادعای متقاضی طلاق بر غیرقابل تحمل شدن ادامه زندگی زناشویی با دلایل و رسیدگیهای لازم ثابت شود. مواردی چون ارتکاب زنا، سوءرفتار شدید، ترك زندگی خانوادگی برای مدت دو سال، از جمله علل موجه درخواست طلاق می‌باشد.

در صورتی که پس از گذشت حداقل ۲ سال از تاریخ ازدواج، زوجین متفقاً متقاضی طلاق باشند و درخواست مشترك خود را به دادگاه تقدیم نمایند و دادگاه مطمئن شود که طرفین آزادانه بر درخواست طلاق، توافق کردند، حکم طلاق را صادر می‌نماید.[۱]

در ایالات مسلمان‌نشین علی‌الاصول طلاق تابع مقررات اسلامی است و عمدتاً شوهر حق دارد زن را وفق موازین اسلامی طلاق دهد ولی هر یك از ایالات برخی مقررات خاص خود را دارند که شبیه مقرراتی است که از قوانین دیگر کشورهای اسلامی نقل کردیم. در بعضی از ایالات، شوهر مجاز است طبق موازین مذهبی زن خود را طلاق دهد ولی باید مراتب را به ثبت محل اقامت خود گزارش دهد که به ثبت برسد. در بعضی از ایالات، طلاق باید حتماً در حضور قاضی و پس از بررسی و رسیدگی او و سعی در اصلاح و سازش صورت گیرد. طبق مقررات برخی از ایالات (سلانگر ـ Selangor) درخواست طلاق باید در فرمهای مخصوص به دادگاه تقدیم شود و جز با موافقت زن و تأیید دادگاه، طلاق صحیح نیست.[۲]

با ملاحظه تعدادی از قوانین کشورهای اسلامی و مقررات مختلف آنها در مورد طلاق، چنین به نظر می‌رسد که قوانین مزبور نیز عمدتاً اختیار طلاق را در دست مرد می‌دانند ولی در بسیاری از آنها سعی شده موارد درخواست طلاق از سوی زن نیز افزایش یابد و محدودیتهایی هم برای اعمال مطلق این اختیار از سوی مرد پیش‌بینی شده که حداقل آنها الزام مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم یا اجازه طلاق از سوی دادگاه است. طبیعتاً برداشت کلی این است که از لحاظ موازین اسلامی حق طلاق با مرد است که بدون رضایت

۱. منبع پیشین، صص ۱۳۱ و ۱۳۴ و ۱۳۵.
۲. همان منبع، صص ۲۲ و ۲۲۳.

و موافقت زن می تواند طلاق را واقع سازد و در موارد خاص و استثنایی، زن می تواند با مراجعه به دادگاه طلاق بگیرد. قوانین موضوعه کشورهای مختلف اسلامی عمدتاً با توجه به اوضاع و احوال و مقتضیات زمانی و مکانی و تحولات پیش آمده در روابط اجتماعی زن و مرد و سوءاستفاده مردان در عمل از این اختیار و با تکیه بر دستورات اخلاقی اسلام و روح عدالت خواهی و انصاف، سعی کردند با حفظ اساس این نظر به تناسب، تلطیفی در آن به وجود آورند. حال باید وضعیت طلاق را در مبانی اسلامی و فقهی بررسی کنیم.

مبحث دوم: طلاق در مبانی اسلامی و فقهی

در این بخش ابتدا نگاهی اجمالی به نظر فقهاء در خصوص وضعیت طلاق از لحاظ ارتباط آن با مرد و زن و حدود اختیار هریك از آنها در استفاده از این حق می افکنیم و سپس وضعیت آن را در قرآن و سنت مورد بررسی قرار می دهیم.

۱ـ استنباط عمومی فقیهان از مبانی اسلامی بر مطلق بودن اختیار مرد در طلاق

برداشت عمومی و مورد اتفاق فقهاء و مفسرین این است که از دیدگاه اسلامی، اختیار طلاق در دست مرد است و علی الاصول مرد هر وقت بخواهد، اعم از اینکه جهت موجهی داشته باشد یانه، می تواند زن را طلاق دهد، و همان طور که در صفحات پیش در مورد وضعیت طلاق در قانون مدنی ایران اشاره شد، شرایط محدودکننده‌ای که وجود دارد تعدادی از آنها مربوط به اهلیت مرد به عنوان اجرا و استیفای این حقی که قانون برای او شناخته می باشد از قبیل داشتن بلوغ، عقل، اختیار و یا نحوه اجرای صیغه طلاق و یا شرایط و وضعیت مربوط به حالات زن از قبیل بودن در طهر غیر مواقعه می باشد. البته از لحاظ اخلاقی هم توصیه‌هایی برای پرهیز از طلاق و در واقع عدم استفاده غیر موجه از این حق شده است ولی به هر حال قطع نظر از محدودیتها و ممنوعیتهای اخلاقی، از لحاظ فقهی، و حقوقی، برداشت فقهاء از احکام قرآن و مبانی اسلامی این است که طلاق حق مرد و در اختیار اوست، شاید بتوان گفت صریح ترین و جامع ترین بیان در این خصوص از قاضی ابن البراج طرابلسی، فقیه و قاضی شیعی قرن پنجم هجری است که در کتاب المهذب در

ابتدای بحث طلاق با نقل آیه شریفه: «یا ایهاالنبی اذا طلّقتم النساء فطلّقوهنّ لعدّتهن...» (طلاق/۱) می گوید:

«خداوند طلاق را در اختیار مرد قرار داده نه زن و آن را برای مردان مباح کرده است، بنابراین اگر مردی، خواست زنش را طلاق دهد، او را می‌رسد که چنین کند، خواه علتی برای این کار داشته باشد یا بدون علت بخواهد طلاق دهد، زیرا طلاق دادن برای او مباح شمرده شده است، البته طلاق دادن زن بدون جهت مکروه است، بنابراین اگر مرد بدون جهت اقدام به طلاق نمود، ترك افضل کرده است ولی گناه و خطایی به حساب او نمی آید.»[1]

نحوه بیان مطلب از سوی سایر فقیهان نیز هرچند به این صراحت و شفافیت نباشد ولی به هر حال همین تلقی را از حکم اسلامی و آیات قرآنی از جانب آنها نشان می دهد و اغلب آنها با مفروغ عنه دانستن حق و اختیار یك طرفه مرد، درمورد طلاق مبحث طلاق را با بیان شرایط مربوط به طلاق‌دهنده (مرد) و اجرای صیغه طلاق و حالت و وضعیت مورد طلاق یعنی زن و اقسام طلاق، آغاز کرده‌اند. همین تلقی و برداشت، درمورد رجوع در ایام عده نیز وجود دارد، یعنی وقتی از جانب مرد، طلاق واقع شد، غیر از موارد ششگانه‌ای که طلاق، باین محسوب می‌شود و حق رجوع برای مرد وجود ندارد (ن.ك: ص ۱۴۳ ...) اصولاً مرد این حق انحصاری را دارد، که در ایام عده رجوع کند یعنی همان اراده‌ای که به تنهایی نکاح را برهم زده است، می تواند طلاق را نیز از اثر بیندازد و باز وضعیت را به حال نکاح درآورد، بدون اینکه عقد جدید و موافقت و رضایت زن لازم باشد، و همان‌طور که در بحث پیشین به آن اشاره شد هر لفظ و هر نوع عملی که از مرد سرزند و نشان‌دهنده قصد رجوع باشد، حالت نکاح مجدداً برقرار می‌شود. از بیان بعضی از فقهاء برمی آید که ارتکاب برخی از اعمال در دوران عده از سوی مرد ولو معلوم نباشد که همراه با قصد رجوع است، رجوع به حساب می آید، البته برای رجوع، برخلاف طلاق، حضور شاهد لازم نیست بلکه مستحب است. در این قسمت هم بد نیست به عنوان نمونه بیان قاضی ابن البراج را نقل

---

۱. المهذب، قاضی ابن البراج، ج ۲، ص ۲۷۵: «قال الله تعالی» یا ایهاالنبی اذاطلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن. الایة، فجعل تعالی: الطلاق بیدالرجل دون النساء و اباحهم ذالك فاذا اختار الرجل طلاق زوجتة، کان له ذالك بسبب و بغیر سبب، لانّه مباح له الا انّ طلاق الزوجة بغیر سبب مکروه، فان فعل ذالك کان تارکاً للأفضل و لم یکن علیه شیئی.»

کنیم، وی پس از اشاره به برخی آیات که دلالت بر حق رجوع مرد در طلاق دارد می گوید:

«زنی که به طلاق رجعی، مطلقه شده است، بوسیدن و آمیزش با او برای مرد، حرام نیست، و اگر مرد، اقدام به این اعمال نمود، همین امر، رجوع محسوب می شود، شاهد گرفتن نیز، شرط صحت رجوع نیست ولی مستحب و مطابق با احتیاط است. و هر گاه مرد به زن بگوید: «به تو رجوع کردم اگر تو بخواهی»، این رجوع، صحیح نیست، زیرا خواست زن در مورد رجوع، اعتباری ندارد.»[۱]

شیخ طوسی نیز در کتاب نهایه رجوع را حتی با انکار طلاق، از سوی مرد یا با تقبیل و تماس با زن در ایام عده[۲] محقق می داند به نظر شیخ هم حضور شاهد در رجوع لازم نیست ولی مستحب است وی می گوید بودن شاهد در اختلاف در وقوع رجوع کارساز خواهد بود.[۳]

فقهای اهل سنت نیز عموماً طلاق را حق مرد و او را مالك طلاق می دانند و همه بحث‌ها در کتب فقه و تفسیر در مورد چگونگی و شرایط استفاده از این حق است[۴]، البته در مورد طلاقهای رجعی، در مورد رجوع نیز، خواست و رضایت زن، شرط دانسته نشده و صرفاً حق مرد شناخته شده است.[۵]

---

۱. منبع پیشین، ص ۲۹۴ «... و اذا قال الرجل لامرأته، راجعتك ان شئت لم یصح، لانه لا اعتبار ها هنا بمشیئتها...» و نیز شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۳ (دوجلدی)، ص ۵۹۵.

۲. نهایة، شیخ طوسی، ص ۵۱۵: «... و ادنی ماتکون به المراجعة ان ینکر طلاقها اویقبلها اویلمسها فان بذالك اجمع ترجع الی العقد الاول...».

۳. قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ در بازگشتی به نوع تلقی و بینش قانونگذار سال ۱۳۱۰ (قانون راجع به ازدواج)، ثبت ازدواج و طلاق و رجوع را الزامی کرد و برای تخلف از آن مجازات تعیین نمود، ماده ۶۴۵ این قانون مقرر می دارد: «به منظور حفظ کیان خانواده، ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق، و رجوع، طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی، مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید، به مجازات حبس تعزیری تا یك سال محکوم می گردد.» و شورای نگهبان که زمانی ماده یك قانون ازدواج در مورد الزام به ثبت موارد مزبور و تعیین مجازات برای آن را خلاف شرع اعلام کرده بود (**مجموعه نظریات شورای نگهبان**، ج ۳، ص ۲۶۸)، این بار ماده فوق الذکر را تأیید نمود.

۴. ر.ك: **الفقه علی المذاهب الاربعة**، عبدالرحمن الجزیزی، ج ۴. **احکام القرآن** ازجصاص، ج اول، ص ۳۸۸: «... و اما الزوج فهو مالك الطلاق...» **مغنی**، ابن قدامه، ج ۷، کتاب طلاق و ...

۵. از جمله ر.ك: **مغنی**، ابن قدامه، پیشین، ص ۲۷۸ که تصریح می کند: در رجوع رضایت زن شرط نیست و حق و اختیاری برای زن در این خصوص قرار داده نشده است.

توجیه اختیار مرد در امر طلاق از سوی برخی فقیهان

در دوره‌های اخیر بعضی از فقیهان مخصوصاً فقهای عامه در مقام توجیه و بیان حکمت قرار دادن اختیار طلاق در دست زوجه برآمده‌اند و دو چیز را علت عمده قرار گرفتن اختیار طلاق در دست مرد دانسته‌اند: یکی عقلانی تر بودن رفتار مرد که موجب می‌شود سریع تصمیم نگیرد و زوجیت را به هم نزند و دیگری مسأله تبعات مالی که طلاق برای مرد دارد، از قبیل دادن مهریه و نفقه ایام عده و در نتیجه عنایت او به حفظ علقه زوجیت بیشتر از زن است که طلاق این پیامدهای مالی را برای او ندارد. آقای وهبه زحیلی در کتاب **الفقه‌الاسلامی و ادلته** تحت عنوان: علت قرار گرفتن اختیار طلاق در دست مرد، می گوید: اینکه اختیار طلاق در دست مرد قرار دارد به‌رغم اینکه زن در عقد نکاح شریك مرد است، علتش حفظ کانون ازدواج و جلوگیری از گسستن سریع آن است، زیرا مرد که مهریه داده و ملزم به دادن نفقه است معمولاً بیشتر عاقبت‌اندیش و نگران از بین رفتن نکاح است تا زن و بنابراین به دو جهت سزاوارتر است که حق طلاق به او داده شود: اول اینکه زن اغلب عاطفی‌تر از مرد است و زودتر تحت تأثیر قرار می گیرد و بنابراین اگر حق طلاق به دست او داده شود ممکن است به اندك رنجشی بساط زندگی زناشویی را برهم چیند. دوم اینکه طلاق پیامدهای مالی از قبیل پرداخت مهر و نفقه زمان عده و پرداخت مهر المتعه (به تعبیر امروزی حقوق ما اجرت‌المثل) دارد و این تکالیف مالی که به دوش مرد قرار دارد موجب می‌شود که او در مورد طلاق بیشتر بیندیشد و بر حفظ علقه زوجیت علاقمندتر باشد ولی زن که در اثر طلاق زیان مالی نمی کند، طبعاً چنین عاقبت اندیشی ندارد و ممکن است زود تصمیم گیری نماید.[۱]

وهبه زحیلی درمورد گرایش صاحب‌نظران امروزی به این نظر که خوب است امر طلاق و تصمیم گیری در مورد آن به دست قاضی باشد می گوید: این نظر درست نیست زیرا اولاً این امر مغایر شرع است و ثانیاً چون مرد معتقد است شرعاً حق طلاق با اوست بنابراین پیش از اینکه منتظر حکم قاضی شود طلاق می دهد و در نتیجه رابطه نکاح گسسته می‌شود

---

۱. الفقه الاسلامی و ادلته، ج۷، ص ۳۶۰.

و زن شرعاً و طبق عقیده مذهبی مرد بر او حرام می گردد. و به علاوه بودن اختیار طلاق در دست دادگاه به صلاح خود زن نیز نمی‌باشد زیرا ممکن است تصمیم به طلاق به خاطر برخی دلایل مخفیانه باشد که علنی کردن آنها به صلاح خود زن هم نباشد و وقتی تشخیص و تصمیم گیری در مورد طلاق به عهده دادگاه گذاشته شد همه اسرار زندگی زناشویی برملا می‌شود و این به مصلحت نیست.[1]

به هر حال با تتبع در کتب مختلف فقهی و ملاحظه نظر فقهاء از متقدمین و متأخرین و معاصرین اعم از شیعه و سنی، چنین به نظر می‌رسد اصل وجود این تفاوت بین زن و مرد در مورد طلاق محرز است یعنی مرد، اختیار طلاق را در دست دارد و بدون اجازه و موافقت زن و بدون الزام مراجعه به دادگاه و گرفتن اجازه می تواند زن را طلاق دهد و حتی به تعبیر بعضی از فقهاء، اطلاع زن از اجرای صیغه طلاق نیز لازم نیست چه رسد به آنکه موافقت او لازم باشد.[2] و طبیعتاً این نظر فقهی به عنوان نظر متخذ از قرآن و سنت و حکم مسلم اسلامی تلقی می گردد.

طبعاً در این بینش، زن، از یك سو در معرض مطلقه شدن از مرد و الزام به ترك زندگی زناشویی قرار دارد بدون آنکه خود خواسته باشد و ای‌بسا بدون اینکه تقصیری از او سرزده باشد و از سوی دیگر اگر زن به هر علتی بخواهد از شوهر جدا شود و ادامه زندگی مشترك را نخواسته باشد، درموارد محدود و با پیمودن راه دراز و دشوار جلب رضایت شوهر با دادن اموالی به او و یا گرفتن اجازه از دادگاه، این امر، برای او میسر است.

اصل ممنوعیت طلاق از نظر بعضی از فقیهان

بعضی از فقیهان مکاتب سنت با توجه به سرزنشهایی که نسبت به طلاق در احادیث آمده و تقبیحی که از طلاق غیرموجه شده است، اصل را بر ممنوعیت طلاق گذاشته و گفته‌اند وقوع طلاق بدون داشتن علت موجه از سوی مرد جایز نیست و نه تنها مکروه و مذموم بلکه حرام و ممنوع است و برای جواز آن، باید توجیه قابل قبولی داشت.

---

۱. همان، ص ۳۶۱.

۲. تحریرالوسیله، امام خمینی(ره)، ج دوم، کتاب الطلاق، ص ۳۲۷: «لایعتبر فی الطلاق اطلاع الزوجة علیه فضلا عن رضاها به.»

وهبه زحیلی از ابن عابدین نقل می کند که گفته است اصل در طلاق، ممنوعیت است مگر اینکه جهت خاصی آن را مباح نماید، خود وهبه زحیلی نیز این نظر را می‌پسندد.[۱] دکتر یوسف القرضاوی نیز در کتاب **الحلال والحرام فی‌الاسلام** از همین نظر پیروی کرده و می گوید:

«طلاق بدون وجود ضرورتی که آن را توجیه نماید، حرام است و از نظر اسلام ممنوع می‌باشد زیرا هم ضرر به خود و زوجه است و هم باعث از بین بردن منافع حاصله از ازدواج برای زوجین می‌باشد و بنابراین همانند اتلاف مال، حرام است و قاعده «لاضرر و لاضرار» را نیز مؤید نظر خود دانسته است.»[۲]

البته بسیاری از فقهاء و از جمله فقهای امامیه، به این ترتیب طلاق را حرام نمی‌دانند بلکه طلاق بدون توجیه صحیح را مکروه قلمداد می‌نمایند. آقای شیخ حسن جواهری نیز که بر کتاب القرضاوی تعلیقاتی زده و دیدگاههای فقه شیعه را بیان کرده در رابطه با این نظر قرضاوی می گوید:

«اینکه طلاق بدون علت موجه حرام است صحیح نیست، زیرا دلیلی بر حرمت وجود ندارد بلکه از خود قرآن نیز می‌توان فهمید که حتی در صورت وجود توافق اخلاقی بین زوجین، شوهر می‌تواند زن را طلاق دهد[۳] زیرا خداوند در سوره نساء آیه ۲۰ فرموده است: اگر خواستید به جای زنی که دارید زن دیگری بگیرید (یعنی زنی را که در حباله نکاح دارید طلاق دهید) مهریه‌ای را که به زن دادید هر چند خیلی زیاد باشد نباید از او بگیرید. «و ان اردتم استبدال زوج مکان زوج و آتیتم احداهن قنطارا فلاتأخذوا منه شیئا...»

در هر صورت با فرض حرام بودن طلاق بدون علت موجه از سوی شوهر این امر مانع از وقوع طلاق نمی‌شود، زیرا اگر فرضاً شوهر مرتکب این عمل حرام شد یعنی بدون

---

۱. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۴۰۰ و ۴۰۱: «الاصل فی الطلاق الحظر بمعنی انه محظور الا لعارض یبیحه...»

۲. الحلال و الحرام فی الاسلام، دکتر یوسف القرضاوی، ص ۳۲۰: «... فالطلاق بغیر ضرورة تقتضیه... طلاق محرم محظور فی الاسلام، لانه ضرر بنفسه و بزوجته و اعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غیر حاجة الیه فکان حراما کاتلاف المال و لقول النبی(ص) لاضرر و لاضرار.»

۳. همان، ص ۳۲۳، پاورقی.

علت موجه طلاق داد، هرچند گناه کرده ولی طلاق او صحیح است[1] و زن از او جدا می‌شود یعنی حتی اعتقاد به حرام بودن این نوع طلاق فقط می‌تواند از نظر اخلاقی مانع، سر راه طلاق ایجاد کند ولی ضمانت اجرای حقوقی بر آن بار نیست، و این امکان همچنان برای مرد باقی است که بی‌هیچ علت یا به هر علتی که فقط برای خودش موجه است زن را طلاق دهد ولی در مقابل، زن در موارد معدودی می‌تواند با جلب رضایت مرد یا با مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم قضایی به طلاق دست یابد.

۲ـ حکم طلاق در قرآن و سنت

با توجه به اینکه نظر فقهی ارائه شده از سوی فقهاء درمورد طلاق و بودن آن در اختیار مرد مستند به آیات قرآن و روایات است، مناسب است در این قسمت نگاهی به آیات قرآنی که حکم طلاق را بیان می‌کنند بیفکنیم و مفاد آنها را تحلیل نماییم، همچنین سیری هم در بعضی روایات وارده در باب طلاق بنماییم و نحوه دلالت آنها را بر مدعای فقیهان بنگریم.

الف ـ قرآن

قبل از ورود در بحث راجع به آیات مربوط به طلاق، باید اشاره‌ای به محیط نزول قرآن بنمائیم.

محیط نزول قرآن و نوع نگرش به زن در آن محیط

قرآن مجید در اوایل قرن هفتم میلادی در سرزمین حجاز بر پیامبر اسلام(ص) نازل شد. طبق آیات قرآنی پیامبر اسلام(ص)، خاتم‌النبیین است که پس از او پیامبری نمی‌آید و وحی وجود نخواهد داشت. دعوت پیامبر(ص) اسلام، جهانی و آئینش فراگیر است ولی به هر حال، طرف خطاب آیات قرآنی عمدتاً همانا مردم شبه جزیره عربستان در آن مقطع تاریخی بودند، مفاد برخی از آیات قرآنی ناظر به موارد خاص و قضایای

---

۱. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۴۰۱: «... اذا حدث الطلاق من غیر حاجة او سبب یدعوالیه، فانه یقع بالاتفاق ولکن المطلق یأثم.»

ویژه‌ای است که در آن زمان و آن محیط اتفاق افتاده است. به گفته علامه طباطبایی در تفسیر المیزان، محیط نزول قرآن، شبه جزیره عربستان بود که مردمی عرب‌زبان و عمدتاً مرکب از قبایل بدوی دور از تمدن و شهرنشینی در آن زندگی می کردند، به طور غالب آداب و رسوم وحشی گری بر آنها حاکم بود اندکی هم متأثر از عادات و رسوم روم و ایران و هند و مصر قدیم بودند به هر حال این مردم برای زن حرمت و شرافت و استقلال در زندگی قائل نبودند، به آنها ارث نمی‌دادند، تعدد زوجات برای مرد بدون هیچگونه حد و حصری مجاز بود، دختران را زنده‌به‌گور می کردند و اصولاً شنیدن خبر تولد دختر برای آنها شوم بود.[۱]

زن، وزن و ارزش اجتماعی نداشت، اگر هم در ردیف انسان به حساب می آمد، انسانی ضعیف که مرتبه انسانیت او پایین بود شناخته می‌شد. و در هر صورت طلاق هم در دست مرد بود.[۲]

مرد، هروقت می خواست زن را طلاق می‌داد و اگر مایل بود در ایام عده رجوع می کرد و گاه بارها این عمل طلاق و رجوع را تکرار می کرد، به گونه‌ای که با توجه به ضوابط و رسوم حاکم بر همان جامعه که پس از طلاق و گذشت ایام عده، زن می توانست به دیگری شوهر کند، با این ترتیب نه مرد با او زندگی می کرد و نه او را رها می کرد که بتواند با مرد دیگری ازدواج نماید و زندگی زناشویی داشته باشد. تقریباً عموم مفسرین در شأن نزول آیه ۲۲۹ سوره بقره که طلاق قابل رجوع به دو طلاق محدود شده است «الطّلاق مرتان فامساك بمعروف او تسریح باحسان...» گفته‌اند عرب جاهلی طلاق و رجوع در ایام عده را داشت و حد و حصری برای طلاق و رجوع نمی‌شناخت و گاه ممکن بود برای آزار زن، صدبار طلاق دهد و رجوع کند و به زن می گفت، نه طلاقت می دهم که رها شوی و نه تو را پناه می دهم و با تو زندگی می کنم بدین ترتیب که تو را طلاق می دهم و همین که نزدیك به پایان عده رسید

---

۱. خود قرآن نیز این معنی را بیان می‌دارد. آیات ۵۸ و ۵۹ سوره نحل می‌فرماید: «و اذا ابشر احدهم بالانثی ظل وجهه مسودا و هو کظیم، یتواری من القوم من سوءمابشربه أیمسکه علی هون ام یدسه فی التراب الاساء ما یحکمون.»

۲. تفسیرالمیزان، ج ۲، ص ۲۸۱.

رجوع می کنم و این کار را مرتب ادامه خواهم داد که زنی از این موضوع نزد پیامبر (ص) شکایت برد و در پی آن آیه فوق نازل شد[1] و طلاق قابل رجوع به دو طلاق محدود گشت و در طلاق سوم زن بر شوهر حرام گشت مگر اینکه با مرد دیگری ازدواج کند و از او جدا شود.

دو روش ناپسند دیگر نیز در بین اعراب جاهلی و محیط نزول قرآن وجود داشت که با این دو طریق نیز مرد از زن جدا می‌شد یا عملاً از او کناره گیری می کرد یکی عبارت بود از: ایلاء یعنی مرد سوگند می خورد که با زن خود هم بستر نشود این سوگند را در حال عصبانیت و یا به قصد اذیت و آزار زن ادا می‌نمود و در نتیجه به حکم سوگندی که خورده بود از نزدیکی با زن خودداری می نمود، و گاه برای مدت طولانی مثل یك سال یا بیشتر مدت اجرای این سوگند بود و عملاً زن در حالی که در این مدت در حباله نکاح مرد بود، از آثار زوجیت برخوردار نبود و سرانجام هم جدا می‌شد.[2] و دیگری عبارت بود از: ظهار. کلمه ظهار از ظهر بفتح ظاء به معنای پشت گرفته شده از این جهت که در جاهلیت، هرگاه مرد می‌خواسته از زن دوری کند و رابطه زناشویی با او را بر خود حرام نماید، او را به یکی از زنان محرم خود تشبیه کرده و مثلاً می گفت: «پشت تو مثل پشت مادر من یا خواهر من است» «ظهركِ عليّ كظهر امي...» و بدین ترتیب چون زن حکم مادر یا خواهر پیدا می کرد، به هر حال نزدیکی با او برایش حرام می‌شد در هر حال ظهار هم در جاهلیت نوعی طلاق و یا جدایی جسمانی محسوب می‌شده ولی درعین حال، زن نمی‌توانسته به دیگری ازدواج نماید و در واقع در اثر ایلاء یا ظهار که در جاهلیت رواج داشته، زن نه دارای شوهر و بهره‌مند از روابط زوجیت به حساب می آمده و نه رها بوده است که بتواند با دیگری ازدواج نماید.[3] در مورد هر يك از این دو عادت نیز قرآن کریم اصلاحاتی به عمل آورده و احکامی بیان کرده که به آن خواهیم پرداخت.

همچنین مستفاد از آیات اولیه سوره نساء و نقل مفسرین این است که در بین اعراب

---

۱. تقریباً همه تفاسیر مطلب را همین گونه نقل کردند از جمله ر.ك: مجمع البیان، طبرسی، ج اول، ص ۵۷۷ و تفسیر المنار، ج ۲، ص ۳۸۱.

۲. المنار، پیشین، ص ۳۶۸، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۵۳۵.

۳. الفقه الاسلامی و ادلته، پیشین، ص ۵۸۵.

جاهلی درزمان نزول قرآن، رسم چنین بود که اگر مردی فوت می کرد و زنانی از او به جا می‌ماندند نه تنها از اموال شوهر ارث نمی‌بردند بلکه خود همانند اموال متوفی سهم الارث قرار می گرفتند و پسر متوفی می توانست زن پدر را (غیر ازمادر خود) به نکاح خویش درآورد یا با گرفتن مهریه او را به عقد دیگری درآورد یا مانع ازدواجش شود، یا ممکن بود کسی با زنی ازدواج کرده و بعد او را رها نماید ولی مانع ازدواجش با دیگری شود و یا در قبال رفع ممنوعیت از زن پول بگیرد و یا مردی پس از مدتی زندگی زناشویی با زنی از او خوشش نیاید، او را طلاق دهد و به جای او زن دیگری بگیرد و هنگام طلاق دادن زن مهریه یا هدایایی را که به او داده است از او بگیرد.[۱]

این اجمالی از نوع نگرش به زن و رفتار با او در محیط نزول قرآن بود که به نحوی در خود آیات قرآنی هم انعکاس پیدا کرده است.

در بین سایر اقوام و ملل دیگر هم اعم از متمدن و غیرمتمدن، نظیر همین دیدگاه و رفتار وجود داشت.

در چنین اوضاع و احوال و زمان ومکان و محیطی قرآن نازل شد و در ضمن بیان اصول اعتقادی و اخلاقی مقرراتی هم در زمینه روابط اجتماعی و از جمله مسائل مربوط به خانواده، ازدواج و طلاق و زن بیان نمود. آیات قرآنی از یکسو، برای زن و هویت و شخصیت او اعتباری هم وزن اعتبار و ارزش مرد قائل شدند و از سوی دیگر در زمینه احکام و مقررات واختیارات و امتیازات، موقعیتی در حد نصف موقعیت مرد را برای او اثبات کردند بدین صورت که او را مستحق ارث بردن دانستند ولی سهم الارث او را نصف سهم الارث مرد، مقرر داشتند[۲]، و برای شهادت او در امور مالی نیز ارزشی معادل نصف ارزش شهادت مرد بیان شد.[۳] و درمورد طلاق هم دامنه اختیار مطلق مرد محدود شده و به رعایت حقوق و حدود زن توجه داده شد که اینک مروری بر آیات مربوط به طلاق می نماییم.

---

۱. ر.ک: آیات ۱۸ تا ۲۲ سوره نساء و تفاسیر مربوطه از جمله تفسیر المنار، ج ۴، ص ۴۵۴.

۲. سوره نساء، آیه ۱۱: «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظّ الانثیین».

۳. سوره بقره، آیه ۲۸۲: «... واستشهدوا شهیدین من رجالکم فان لم یکونا فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذکر احداهما الاخری...»

بیان حکم طلاق درآیات قرآن

قرآن مجید در سوره‌های بقره، نساء، احزاب و طلاق آیاتی مربوط به طلاق دارد.

سوره طلاق که آن را سوره نساء کوچك نامیده‌اند[1] مشتمل بر ۱۲ آیه است و درواقع از آیه یك تا هفت آن مربوط به طلاق و احکام زوجه است.

در این آیات، مسأله وقوع طلاق از سوی مردان به صورت اِخبار، و حکم عده، رجوع در ایام عده، شاهد گرفتن هنگام طلاق و رجوع، مقدار عده زن حامله، اسکان و انفاق زن در ایام عده رجعی و عده زن در دوران حمل بیان شده است.

در آیه اول این سوره خطاب به پیامبر (ص) و از طریق او خطاب به عموم مسلمین آمده است که هر وقت زنانتان را طلاق دادید یعنی خواستید طلاق دهید در زمانی که عده می‌توانند بگیرند طلاق دهید یعنی در زمانی که پاك باشند و با آنها نزدیکی نشده باشد (طهر غیر مواقعه) طلاق دهید و حساب عده آنها را نگه دارید تقوای خدا را پیشه کنید، آنها را از خانه‌هایی که در آن ساکن هستند بیرون نکنید و خود آنها هم نباید از خانه خارج شوند مگر اینکه مرتکب گناه آشکاری شوند، اینها حدود خداست و هر که از آن حدود تجاوز کند بر خود ستم کرده است چه می‌دانی شاید خداوند بعد از این امری و وضعی را ایجاد کند. مفسرین گفته‌اند منظور این است که شاید مرد که زن را طلاق داد، در طول ایام عده، تغییر وضعی بدهد و خداوند دل او را به سوی زن بگرداند و رجوع کند.[2]

در این آیه با اِخبار و بیان شرح واقعه که به طور معمول مردان مبادرت به طلاق دادن زنانشان می کنند، خداوند، احکام مترتبه بر این امر و احیاناً تکالیف لازم را که در جهت تعدیل وضع آنان و رعایت حقوق آنها می‌باشد بیان کرده است و خلاصه اینکه وقتی شما می‌خواهید طلاق بدهید، این امور را باید رعایت کنید، اول در زمانی که می‌تواند برای عده مبدأ قرار

---

۱. مجمع‌البیان، ج ۱۰ـ۹، ص ۴۵۴.

۲. آیه ۱ سوره طلاق: «یا ایها‌النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة، واتقوا الله ربکم، لاتخرجوهن من بیوتهن و لایخرجن الا ان یأتین بفاحشة مبینة و تلك حدودالله و من یتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لاتدری لعل‌الله یحدث بعدذالك امرا».

ترجمه و بیان مفاد آیه فوق در متن با استفاده از تفسیر مجمع‌البیان، ج ۱۰ـ۹، ص ۴۵۴ و تفسیر کشاف، زمخشری، ج ۴، ص ۵۵۲ و تفسیر المیزان، ج ۱۹، ص ۳۶۲ به‌عمل آمد.

گیرد، طلاق دهید یعنی در طهر غیر مواقعه باید طلاق زن واقع شود. (آن گونه که مفسرین از عبارت: فطلقوهن لعدتهن فهمیده‌اند) و ثانیاً حساب زمان عده و مدت عده را داشته باشید، و در ایام عده زن از حق سکنی برخوردار است و نباید او را از خانه خارج کرد. در این آیه اول مدت عادی و طبیعی عده ذکر نشده ولی در آیه ۲۲۸ سوره بقره عده طلاق سه قرء (ثلثة اقراء) یعنی سه دوره طهر و پاکی ذکر شده است: «والمطلقات یتربصن بانفسهن ثلثة قروء». یعنی زنان مطلقه باید سه دوره پاکی عده نگه‌دارند و از شوهر کردن خودداری نمایند.

آیه دوم سوره طلاق به بیان امکان رجوع مرد در ایام عده و در واقع نگهداشتن زن در همان وضع نکاح یا عدم رجوع و جدا شدن کامل از زن با گذشتن ایام عده پرداخته است و لزوم گرفتن شاهد را به حسب ظاهر برای رجوع بیان داشته است. آیه چنین است: «فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف اوفارقوهن بمعروف و اشهدوا ذوی عدل منکوم و اقیموا الشهادة لله...» یعنی وقتی نزدیك شد عده تمام شود یا بخوبی آنها را نگه دارید یعنی رجوع کنید و حسن معاشرت با آنها داشته باشید و یا بخوبی یعنی با رعایت حقوق شرعیه آنها از آنان جدا شوید. و دو شاهد عادل هم بگیرید.[1]

مفسرین شیعه امر به شهادت گرفتن را ناظر بر طلاق دانسته‌اند و برای رجوع گفته‌اند شهادت گرفتن مستحب است.[2] و همان گونه که قبلاً اشاره کردیم فقهای امامیه هم شاهد گرفتن را در رجوع واجب ندانسته و مستحب دانسته‌اند. ولی مفسرین اهل سنت گفته‌اند مستفاد از آیه لزوم وجود دو شاهد عادل برای طلاق و رجوع، هر دو می‌باشد و فقهای سنی، برخی مانند ابوحنیفه در هردو مورد (طلاق و رجوع) شهادت را مستحب و بعضی درمورد طلاق مستحب و درمورد رجوع واجب دانسته‌اند مانند شافعی به نقل زمخشری در کشاف.[3]

---

۱. تفسیر المیزان، پیشین و دو تفسیر دیگر مجمع البیان و کشاف، پیشین.

۲. تفسیر المیزان و تفسیر مجمع البیان، پیشین.

۳. ر.ك: تفسیر کشاف، پیشین، ص ۵۵۵ که ذیل کلمه: واشهدوا... می گوید: «وهذاالاشهاد مندوب الیه عندابی حنیفه... وعندالشافعی هو واجب فی الرجعة مندوب الیه فی الفرقة». البته عبارت خود شافعی در کتاب احکام‌القرآن ظهور در این دارد که به نظر او نیز شهادت در طلاق و رجوع هر دو مستحب است، احکام‌القرآن، شافعی، ج ۲، ص ۱۳۱.

ولی به هر حال در خود قرآن جمله امر به شهادت بعد از بیان حق رجوع آمده است و قطع نظر از روایات خاصی که ممکن است در زمینه چگونگی شهادت در طلاق و رجوع وارد شده باشد، مستفاد از آیه این است که بکار گرفتن شهادت حداقل در مورد طلاق و رجوع یکسان بکار رفته و اگر توجه کنیم به حکمتی که مفسرین و فقهاء برای استفاده از شاهد در طلاق و رجوع ذکر کرده‌اند و آن اینکه در مقام حدوث اختلاف در وقوع طلاق یا رجوع بتواند مفید فایده باشد و اختلاف را فیصله دهد، قاعدتاً باید حکم شهادت را در هر دو مورد یکسان دانست.

آیه ۴ سوره طلاق در مقام بیان حکم عده زنان مطلقه‌ای است که عادت ماهانه نمی‌بینند که عده آنها سه ماه تعیین شده است و عده زنان حامله نیز زمان وضع حمل ذکر شده است. «واللائی یئسن من المحیض من نسائکم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائی لم یحضن و اولات الاحمال اجلهن ان یضعن حملهن...»

مفسرین شیعه و همچنین فقیهان امامیه منظور از این آیه را این گونه بیان کرده‌اند که زنانی که در مورد یائسه بودن آنها تردید است و شك وجود دارد که آیا به خاطر رسیدن به سن یائسگی حائض نمی‌شوند و یا به خاطر عوارض دیگر و نیز زنانی که به سن بلوغ و سن دیدن خون حیض رسیده‌اند ولی حیض نشدند، عده آنها به جای سه طهر، سه ماه تعیین شده است.[1]

ولی از نظر مفسرین و فقهای اهل سنت زنان یائسه که به سنی رسیده‌اند که از دیدن حیض مأیوسند و زنانی که هنوز حیض نشدند یعنی به سن بلوغ نرسیدند در هر حال باید سه ماه عده نگه دارند، به فتوای فقیهان اهل سنت نیز با توجه به ظاهر آیه ۴ سوره طلاق اصولاً زنانی که حیض نمی‌شوند یعنی یا به سن یائسگی رسیدند یا صغیرند و هنوز به سن حیض نرسیدند و یا در سن حیض هستند و به علتی حایض نمی‌شوند در هر حال سه ماه باید عده نگه‌دارند.[2]

---

۱. تفسیر المیزان، ج ۱۹، ص ۳۶۶ و مجمع البیان، ج ۱۰ـ۹، ص ۴۶۱.

۲. تفسیر کشاف، ج ۴، ص ۵۵۷، احکام القرآن، شافعی، ج ۱، ص ۲۵۰ و الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۴، صص ۵۴۰ و ۵۴۹، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۶۴۰، مغنی، ابن قدامه، ج ۷، ص ۴۵۸: «و ان کانت من الآیسات او ممن لم یحضن فعدتها ثلاثة اشهر.»

در قرآن در یك مورد، تصریح شده که زن مطلقه نباید عده نگه دارد و آن طلاق غیرمدخوله است، آیه ۴۹ سوره احزاب می‌فرماید: هرگاه با زنان مؤمنه ازدواج کردید و قبل از آمیزش از آنها جدا شدید، لازم نیست عده نگه دارند، پس آنها را بهره‌مند کنید و بخوبی از آنها جدا شوید و آنان را رها کنید «یا ایهاالذین آمنوا اذا نکحتم المؤمنات ثم طلّقتموهن من قبل ان تمسّوهن فما لکم علیهن من عدّة تعتدّونها، فمتّعوهن و سرّحوهن سراحا جمیلا».

در سوره بقره حدود ۸ آیه موضوع طلاق را مطرح نموده‌اند، در این آیات نیز با اخبار از وقوع طلاق به‌وسیله مرد، مقرراتی در جهت مساعدت با زن و رعایت حال او بیان شده است. آیات ۲۳۶ و ۲۳۷ بیان کننده این امر هستند که اگر مرد، قبل از آمیزش، زن خود را طلاق داد، در صورتی که مهریه‌ای برای او تعیین کرده باید نصف مهریه را بدهد و اگر مهریه تعیین نشده باید به فراخور وضع مالی خود مالی به زن بدهد و او را امتمتع سازد. (مهرالمتعه ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی) و در آیه ۲۴۰ باز تأکید کرده که خوب است مالی به زن مطلقه داده شود.[1] همان که برخی از فقهای اهل سنت پرداخت آن را هم به عنوان مهرالمتعه واجب می‌دانند و در قوانین موضوعه احوال شخصیه بعضی کشورهای عربی هم ذکر شده که به هنگام طلاق، مرد باید به غیر از تأدیه مهر و نفقه ایام عده، مبلغی هم به عنوان مهرالمتعه به زن بدهد.[2]

آیه ۲۲۸ به بیان عده برای زنان مطلقه و اینکه شوهر در ایام عده حق رجوع دارد پرداخته است، به حکم این آیه، زنان مطلقه باید سه طهر انتظار بکشند، (عده نگه دارند) و

---

۱. آیه ۲۳۶ سوره بقره: «لاجناح علیکم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فریضة و متعوهن علی الموسع قدره و علی المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا علی المحسنین». آیه ۲۳۷: «و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فریضة فنصف ما فرضتم الا ان یعفون او یعفوالذی بیده عقدة النکاح و ان تعفوا اقرب للتقوی و لاتنسوا الفضل بینکم، ان الله بما تعملون بصیر.» آیه ۲۴۱ سوره بقره: «وللمطلقات متاع بالمعروف حقا علی المتقین.»

۲. برای ملاحظه نظرات مختلف اهل سنت ر.ك: تفسیر المنار، ج ۲، ص ۴۵۲ و در مورد قوانین به عنوان مثال ماده ۱۸ مکرر قانون جدید احوال شخصیه سال ۱۹۸۵ مصر می گوید: اگر مرد زن مدخوله خود را بدون رضایت و تقصیر زن، طلاق دهد باید علاوه بر نفقه ایام عده به فراخور وضع مالی خود مبلغی معادل نفقه دوسال زن را به او بدهد.: «الزوجة المدخول بها فی زواج صحیح اذا طلقها زوجها دون رضاها و لاسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتین علی الاقل و بمراعاة حال المطلق یسرا او عسرا او ظروف الطلاق و مدةالزوجیة و یجوزان یرخص للمطلق فی سداد هذه المتعة علی اقساط.»، الاحوال الشخصیه للمسلمین، چاپ پنجم، قاهره ۱۹۹۴.

نباید وجود جنین در رحم خود را کتمان کنند و شوهرانشان می‌توانند و حق دارند آنها را بازگردانند (رجوع نمایند) اگر قصد اصلاح داشته باشند.

«والمطلقات یتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولا یحل لهنّ ان یکتمن ما خلق الله فی ارحامهنّ ان کنّ یؤمنّ بالله والیوم الاخر و بعولتهنّ احقّ بردهنّ فی ذالك ان ارادوا اصلاحا و لهنّ مثل الذی علیهنّ بالمعروف و للرّجال علیهنّ درجة والله عزیز حکیم».

آیات ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره بقره متضمن دو حکم است: یکی محدود کردن طلاق قابل رجوع برای مرد و دیگری، طلاق در مقابل گرفتن فدیه از زن یعنی طلاق خلع.

محدود شدن طلاق قابل رجوع در قرآن

در مورد اول، آیه ۲۲۹ می‌گوید: طلاق (طلاق قابل رجوع) دوبار است[۱] و بعد از آن یا باید زن را به خوبی و نیکویی نگه داشت و یا با نیکی و خوبی او را رها کرد. «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسریح باحسان» و آیه ۲۳۰ می‌فرماید اگر پس از آن یعنی بعد از آن دوبار طلاق، مرد، زن را طلاق داد یعنی طلاق سوم را واقع ساخت، دیگر زن بر مرد حلال نیست مگر اینکه با مرد دیگری نکاح کند، اگر زوج دوم که با او نکاح کرده، زن را طلاق داد، از آن پس اگر زن و شوهر قبلی بخواهند مجدداً با هم ازدواج نمایند اشکال ندارد. «فان طلقها فلاتحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره فان طلقها فلا جناح علیهما ان یتراجعا ان ظنا ان یقیما حدودالله و تلك حدودالله یبینها لقوم یعلمون».

مفسرین در شأن نزول این آیه گفته‌اند، در جاهلیت و آداب و رسوم حاکم بر آن، مرد می‌توانست زن را طلاق دهد و در عده رجوع کند و باز طلاق دهد و این کار را هزاران بار هم می‌توانست تکرار کند، حدی برای طلاق و رجوع از سوی مرد وجود نداشت، در زمان نزول اسلام، زنی که به این وضعیت دچار شده بود به نزد عایشه آمد و از این رفتار شوهرش که در واقع برای اضرار به او انجام می‌گرفت شکایت برد و عایشه شکایت او را بارسول خدا(ص) مطرح نمود و در پی آن، این آیه نازل شد که طلاق قابل رجوع را به دو نوبت محدود کرد.[۲] و

---

۱. مجمع البیان، ج اول، ص ۵۷۸ در معنای آیه می‌گوید: «ای الطلاق الذی یملك فیه الرجعة مرتان...»
۲. مجمع البیان، پیشین، ص ۵۷۷، تفسیر المنار، ج ۲، ص ۳۸۱، احکام القرآن جصاص، ج اول، ص ۳۷۸.

تأکید بر رجوع و نگهداری با حسن معاشرت و یا جدا شدن با رعایت قواعد احسان نمود و تصریح کرد که در صورت وقوع طلاق سوم دیگر حق رجوع برای مرد نیست بلکه زن بر او حرام می‌شود و صرفاً در صورتی که زن با مرد دیگری ازدواج نموده و با او هم بستر شود و احیاناً طلاق بگیرد می تواند به شوهر اول باز گردد آن هم البته با عقد نکاح که لازمه‌اش قصد و رضا و توافق طرفین است. این تمهید از یك سو مردان را در تصمیم گیری برای طلاق و رجوعهای مکرر به اندیشه وامی دارد زیرا با طلاق سوم دیگر به زن دسترسی نخواهند داشت و اگر هم این امکان پیدا شود بعد از آن است که منکوحه مرد دیگری واقع شده باشد و از سوی دیگر حداقل بعد از طلاق سوم به زن این حق را می‌دهد که برای بازگشت به زندگی با شوهر اول خود بتواند تصمیم بگیرد، و اراده خود را اعمال نماید.

استفاده حکم طلاق خلع از قرآن

مطلب دومی که در این آیه به آن پرداخته شده گرفتن مالی از زن توسط مرد است که ادامه آیه ۲۲۹ می گوید: حلال و جایز نیست آنچه را به زنها داده‌اید از آنان بگیرید مگر اینکه خوف این باشد که حدود خدا را رعایت نکنند. اگر خوف این معنی وجود داشت که زن و شوهر حدود خدا را رعایت نکنند اشکالی ندارد که زن فدیه‌ای به مرد بدهد، اینها حدود خداست که نباید از آنها تجاوز کنند و کسانی که حدود خدا را رعایت نمی کنند، ستمگرند. «...و لایحلّ لکم ان تأخذوا مما آتیتموهنّ شیئا الا ان یخافا الاّیقیما حدودالله فان خفتم الاّ یقیما حدود الله فلا جناح علیهما فیما افتدت به تلك حدودالله فلا تعتدوها و من یتعد حدودالله فاولئك هم الظالمون» نهی قرآن از گرفتن مال و مهریه‌ای که به زن داده شده غیر از اینجا در سوره نساء نیز در دو آیه مورد تأکید قرار گرفته که قبلاً به آن اشاره کردیم، آیه ۱۹ سوره نساء پس از نهی از ارث بردن زنان به عنوان ماترك متوفی می گوید: و آنها را از ازدواج منع نکنید تا بدین‌وسیله مقداری از اموالی که به آنها دادید بگیرید «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتیتموهن» و در آیه ۲۰ نیز مقرر می دارد که: اگر خواستید زن جدیدی بگیرید و زن خود را رها کنید و اموالی به او دادید یا مهریه قرار دادید هرچند زیاد از او نگیرید. «و ان ردتم و استبدال زوج مکان زوج و آتیتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شیئا» ولی در آیه ۲۲۹ سوره بقره که هم اکنون مورد بحث ماست در یك صورت گرفتن مال از زن به هنگام

طلاق اجازه داده شده است و آن این است که زن مالی را به عنوان فدیه به مرد می‌دهد و از او طلاق می گیرد. مفسرین این قسمت از آیه ۲۲۹ سوره بقره را دال بر صحت وقوع طلاق خلع دانسته‌اند که زن، چون از مرد کراهت دارد و خوشش نمی آید و از این رو ممکن است ناشزه شود و مرتکب معصیت گردد در این صورت جایز است زن مالی را به مرد بدهد که این مال ممکن است مهریه‌اش باشد و مرد هم او را طلاق دهد.[1]

دو آیه ۲۳۱ و ۲۳۲ باز تأکید بر رعایت حال زنان مطلقه و تحت فشار و آزار و اذیت قرار ندادن آنها از سوی مردان می‌باشد، آیه ۲۳۱ می گوید: وقتی زنانتان را طلاق دادید و مدت عده آنها نزدیك به پایان رسید یا آنان را بخوبی نگه دارید یعنی برای ادامه زندگی زناشویی رجوع کنید و حقوق آنها را رعایت نمایید و یا از آنها جدا شوید و بگذارید عده آنان تمام شود و اختیار خود را در دست داشته باشند و آنها را به منظور اذیت و آزار وضرر زدن به آنها و تعدی و دشمنی بر آنان نگه ندارید، یعنی بدین قصد رجوع نکنید که آنها را تحت فشار قرار دهید که نتوانند با دیگری ازدواج کنند یا ناگزیر شوند مالی به شما بدهند.[2] «واذاطلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لاتمسکوهن ضراراً لتعتدوا . . .»

آیه ۲۳۲ به نکته دیگری در همین راستا اشاره می کند و عادت زشت و ناروای دیگری را که نسبت به زنان وجود داشته رد می کند و می‌فرماید: وقتی زنانتان را طلاق دادید و عده آنها بسر آمد، از ازدواج آنان با همسرانی که مورد رضایت خودشان هست مانع نشوید. «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلاتعضلوهن ان ینکحن ازواجهن اذا تراضوا بینهم بالمعروف» و این، هم می تواند خطاب به اولیا و سرپرستان زنان باشد که مانع ازدواج آنان با مردانی که خود مایلند آنها را به همسری انتخاب کنند نشوند هم می تواند مشخصاً طرف خطاب مردانی باشند که زن خود را طلاق داده‌اند و مدت عده هم سپری شده ولی به خاطر کبر و غرور و عصبیتی که داشتند نمی گذاشتند زن با مرد دیگری ازدواج نماید و هم شامل

---

۱. برای ملاحظه تفصیل مطلب ر.ك: منابع پیشین و تفسیر المنار، ج ۲، ص ۳۸۸ و تفسیر المیزان، ج۲، صص ۲۴۵ و ۲۶۶، جواهرالکلام، ج ۳۳، ص۳.

۲. همان منابع.

مواردی است که پس از طلاق و گذشتن عده، زن و شوهر قبلی توافق می کردند مجدداً با هم ازدواج نمایند ولی کسان زن مانع می‌شدند که مجدداً با شوهری که او را مطلقه کرده ازدواج نماید و قرآن، این کار را هم منع کرده است.[1]

نشوز و شقاق در قرآن

در سوره نساء آیات ۳۴ و ۳۵ در مورد نشوز و نافرمانی زن نسبت به مرد و در مورد بروز اختلاف بین آنها، احکامی را بیان کرده‌اند. آیه ۳۴ بعد از آنکه به قیمومت مردان بر زنان به لحاظ برتری آنها و بودن نفقه زنان به دست آنان اشاره می کند، و زنانِ فرمانبردار و حافظ مال و ناموس شوهر در غیبت او را به عنوان زنان شایسته معرفی می‌نماید، می گوید: زنانی را که نشوز و تمرد آنها را ملاحظه می کنید، آنها را نصیحت کنید، در خوابگاه از آنها دوری جویید و ترکشان کنید و آنان را بزنید، اگر اطاعت کردند و فرمان بردند، دیگر کاری به آنها نداشته باشید «الرجال قوّامون علی النّساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغیب بما حفظ الله واللّاتی تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ واهجروهنّ فی المضاجع واضربوهن فان اطعنکم فلا تبغوا علیهن سبیلا ان الله کان علیا کبیرا».

آیه ۳۵ در مورد بروز شقاق و اختلاف و ناسازگاری بین زن و شوهر امر به تعیین داور از خانواده زن و شوهر نموده بلکه آنها بتوانند موضوع اختلاف را بررسی نمایند و به صلح و سازش برسند و در واقع مانع جدایی زوجین از یکدیگر و یا احیاناً اجحاف یکی بر دیگری بشوند. «و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها ان یریدا اصلاحاً یوفّق الله بینهما، ان الله کان علیماً خبیراً».

برخی از فقهاء از این دو آیه این گونه نتیجه گیری نموده و تفسیر کرده‌اند که می توان

---

۱. ر.ك:همان منابع و بخصوص تفسیر المنار، ج ۲، صص ۴۰۱ و ۴۰۲ که همه این وجوه را ذکر کرده و برخی مصادیق شأن نزول آن را بیان کرده است از جمله اینکه شخصی به نام معقل بن یسار می گوید خواهرم را به عقد ازدواج پسرعمویم در آوردم پس از چندی او را طلاق داد و مدت عده هم سپری شد ولی بعداً خواستار ازدواج با او گردید و خواهر من نیز مایل بود که مجدداً با شوهر قبلی خود ازدواج کند ولی من شدیداً مانع این کار شدم و گفتم هرگز نمی گذارم این زن به تو برگردد که این آیه نازل شد و من به حکم آن گردن نهادم.

سه مرحله و یا سه درجه برای نشوز فرض کرد: نشوز زن، نشوز شوهر و نشوز هر دو که این قسم سومی به معنای شقاق و اختلاف و شکاف بین زن و شوهر است.

شهید ثانی در مسالك در بیان حکم نشوز و شقاق می گوید: ممکن است نشوز از ناحیه زن و ممکن است از ناحیه مرد و ممکن است از هر دو باشد.[1] در مورد اول یعنی وقوع نشوز از ناحیه زن به معنای بدرفتاری و تعلل در برآوردن حوائج جنسی مرد بدون علت موجه، حکمش در آیه ۳۴ بیان شده که شوهر می تواند او را نصیحت کند، در خوابگاه از او دوری جوید و او را مورد ضرب قرار دهد.

در صورتی که نشوز از ناحیه مرد باشد یعنی مرد حقوق واجبه زن را ایفاء نکند و نسبت به او اذیت و آزار روا دارد، در اینجا زن می تواند حقوق خود را مطالبه نماید و از دادگاه الزام شوهر را به ایفای حقوق خویش بنماید ولی زن نمی تواند خوابگاه را ترك كند و یا شوهر را مورد ضرب قرار دهد. در صورت مراجعه به دادگاه اگر برای محکمه نشوز و نافرمانی و تمرد شوهر از انجام وظایف قانونی اش نسبت به زن ثابت شد او را به انجام وظایفش امر می کند و اگر تکرار کرد تعزیرش می نماید؛ و البته از آیه دیگری از همین سوره نساء چنین استنباط کردند که در صورت نشوز زوج، زن می تواند از بعضی از حقوق خود صرف نظر کند تا بتواند نظر شوهر را جلب نموده و با او به صلح و سازش زندگی زناشویی را ادامه دهد. آیه ۱۲۸ سوره نساء می‌فرماید: و اگر زنی از شوهرش، خوف نافرمانی و یا دوری گزیدن از او را داشته باشد مانعی ندارد که بین خود مصالحه نمایند «و ان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح علیهما ان یصلحا بینهما صلحاً و الصلح خیر ...».

شق سوم که نشوز از ناحیه هر دو است یعنی زن و مرد هر یك به نوبه خود از انجام وظایف لازمه زناشویی تمرد می کنند، این مورد شقاق نامیده می‌شود و آیه ۳۵ شامل آن می گردد که باید حَکَم تعیین کرد تا بلکه حَکَم‌ها بتوانند رفع اختلاف نمایند و بین آنان سازش برقرار کنند.

---

[1] . مسالك، ج ۸، صص ۳۵۶ و ۳۶۴: «... اذا كان النشوز منهما كان هو الشقاق نفسه».

شیخ طوسی نیز در کتاب نهایه می گوید:

«شقاق در جایی صادق است که هر یك از زوجین از دیگری بدش می آید و بین آنها خصومت و نزاع پدید آمده به گونه‌ای که نه بر ادامه زندگی و نه بر طلاق توافق نمی کنند و در اینجاست که باید هر کدام حکَمی تعیین کنند بلکه آنها بتوانند سازش برقرار نمایند یا صلاح را در جدایی ببینند.»[1]

البته در مورد حدود اختیارات داورها در فقه بحث و اختلاف زیادی است که ما فعلاً درصدد توضیح این امر نیستیم ولی آنچه در قرآن مورد تصریح قرار گرفته، وظیفه حکَمین برای ایجاد صلح و سازش بین زوجین می‌باشد. و در هر صورت، قاعدتاً مخاطب آیه برای تعیین حکَم، حکومت و دادگاه است که باید در صورت بروز شقاق بین زوجین، از خانواده هریك داوری تعیین نماید یا از آنها بخواهد که داور خود را تعیین کنند و زیر نظر دادگاه به انجام مذاکره و رفع موجبات خصومت و برقراری صلح تلاش نمایند. البته آیات ۳۴ و ۳۵ سوره نساء مستقیماً ارتباطی با طلاق ندارند و از آن فهمیده نمی‌شود که اگر مرد قصد طلاق دادن داشت، به استناد همین آیه باید به دادگاه درخواست دهد و دادگاه ابتدا بر مبنای آیه مذکور سعی بر سازش نماید.

ایلاء و ظهار در قرآن

در ارتباط با مسأله جدایی زن از شوهر و اقدام و تصمیم مرد برای جدا شدن از زن، قرآن کریم به دو رویه دیگر در زمان جاهلیت اشاره و از عمل مردان خبر داده است، و به‌نظر می‌رسد این نوع اعمال را به نوعی تقبیح و تحریم نموده و تکالیفی برای مرد وضع نموده است.

در مورد ایلاء دو آیه ۲۲۶ و ۲۲۷ سوره بقره مقرر می‌دارند: در مورد مردانی که ایلاء می کنند، (یعنی سوگند می‌خورند با زنشان رابطه جنسی نداشته باشند) چهار ماه باید صبر کرد، اگر در این مدت رجوع نمودند یعنی از قسم خود برگشتند که خداوند آمرزنده و مهربان است و اگر تصمیم بر طلاق گرفتند، خداوند شنوا و داناست «للذین یؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤا فان الله غفور رحیم و ان عزموا الطلاق فان الله سمیع علیم».

---

۱. نهایه، شیخ طوسی، ص ۵۳۱.

در این آیه از یک‌سو خداوند خبر از وجود یک رسم و روشی که بین برخی از مردان در آن زمان معمول بوده و آن اینکه برای آزار زن و توهین به او قسم می‌خوردند که با او هم بستر نشوند و بدین طریق زن را بر خود حرام می‌کردند، و از سوی دیگر، حکمی را برای این موضوع بیان کرده و آن اینکه چنین مردانی یا باید حداکثر پس از چهار ماه از قسم خود برگردند (و کفاره آن را بدهند) و یا باید طلاق بدهند. در صورت امتناع شوهر از برگشت از قسم خود یا واقع ساختن طلاق فقهاء می‌گویند حاکم او را امر می‌کند یا رجوع نماید یا طلاق دهد و اگر طلاق نداد برخی معتقدند دادگاه طلاق را واقع می‌سازد.[1] و برخی این اختیار را به دادگاه نداده‌اند و گفته‌اند دادگاه شوهر را حبس می‌کند و بر او تنگ می‌گیرد تا سرانجام طلاق دهد.[2]

در مورد ظهار، آیات ۱ تا ۴ سوره مجادله با تلخی و تقبیح آن، خبر از وجود چنین نهادی می‌دهند و شأن نزول آیات را هم خود بیان می‌کنند. ظهار نیز که معنی آن را قبلاً بیان کردیم، نوعی طلاق در جاهلیت محسوب می‌شده وقتی که مردی زن خود را تشبیه به یکی از محرمات خود می‌نمود و مثلاً می‌گفت: پشت تو مثل پشت مادرم می‌باشد «ظهرك علی کظهر امی» زن بر او حرام می‌شد، در مورد شأن نزول آیات اول تا چهارم سوره مجادله گفته شده که مردی به نام اوس بن صامت بر زن خود به خاطر تمردش خشم گرفت و گفت: تو چون پشت مادر من می‌مانی «انت علی کظهر امی» ولی بعد پشیمان شد لیکن چون ظهار در جاهلیت طلاق محسوب می‌شد، موضوع را به زن گفت و زن که از این بابت ناراحت بود آمد خدمت پیامبر اکرم (ص) و گفت من زن ثروتمند خانواده‌داری بودم که به عقد ازدواج این مرد در آمدم، جوانی و ثروت و اعتبارم به پای این شوهر رفت و حال پیر، جدا از فامیل و دارای فرزندانی هستم؛ شوهرم در حال عصبانیت ظهار کرده و می‌گوید من از او جدا شده‌ام و بر او حرام هستم. پیامبر (ص) فرمود من حکم خاصی در این موضوع ندارم طبعاً تو بر او حرام شدی، زن، این حکم را نمی‌پذیرفت و با پیامبر (ص) محاجه می‌کرد تا بلکه بتواند راه

---

۱. منهاج الصالحین، آیت‌الله خوئی، ج ۲، کتاب الایلاء، ص ۳۰۲؛ قانون احوال شخصیه کویت، ماده ۱۲۳.

۲. ر.ك: مجمع‌البیان، ج اول، ص ۵۷۱، تحریرالوسیله، امام خمینی، ج ۲، ص ۳۵۷ کتاب الایلاء و شیخ طوسی، کتاب نهایه، ص ۵۴۸.

چاره‌ای بیاید که بر پیامبر (ص) وحی شد و آیات اولیه سوره مجادله نازل شد که مضمون آنها از این قرار است:

خداوند خطاب به پیامبر (ص) می‌فرماید: خداوند سخن زنی که شکایت شوهرش را به نزد تو آورد شنید و گفتگوی شما را استماع کرد، کسانی که ظهار می‌کنند، و زنان خود را به مادران خویش تشبیه می‌کنند باید بدانند که به این وسیله زن حکم مادر را پیدا نمی‌کند. مادر آنها کسی است که آنان را زاییده است، اینان حرف نادرست و دروغ بر زبان می‌آورند. کسانی که ظهار می‌کنند و بعد می‌خواهند رجوع کنند و زناشویی را ادامه دهند باید یك برده آزاد کنند و یا دو ماه متوالی روزه بگیرند یا شصت فقیر را اطعام نمایند. «قد سمع الله قول التی تجادلك فی زوجها و تشتکی الی الله و الله یسمع تحاور کما ان الله سمیع بصیر، الذین یظاهرون منکم من نسائهم ماهن امهاتهم ان امهاتهم الااللائی ولدنهم و انهم لیقولون منکرا من القول وزورا و ان الله لعفو غفور ...».

از نظر فقهی، اگر کسی به صورت پیش گفته مبادرت به ظهار کرد، آمیزش با زن بر او حرام می‌شود و باید کفاره بدهد و آمیزش کند ولی اگر شوهر اقدام به دادن کفاره و انجام عمل زناشویی نکرد و زن از این امر شاکی و ناراضی بود می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و دادگاه سه ماه به او مهلت می‌دهد و پس از آن بر او سخت می‌گیرد که یا کفاره دهد و رابطه عادی با زن برقرار کند و یا او را طلاق دهد.[۱]

امضایی بودن احکام طلاق در قرآن

در این سیر اجمالی و تتبع نه چندان کاملی که در متن آیات قرآن مجید در خصوص مسأله طلاق و جدایی زن و شوهر به عمل آمد. بخوبی ملاحظه و مشهود و از نحوه بیان آیات قرآنی مستفاد می‌شود، که در زمان نزول قرآن و محیطی که قرآن نازل شده و مردمی که در زمان نزول مستقیماً طرف خطاب بودند، یك سلسله مقررات و ضوابطی بر روابط نکاح و چگونگی گسستن آن حاکم بوده است که به حکم قرآن همان ضوابط و مقررات با برخی اصلاحاتی که در آن به عمل آمده و عمدتاً در جهت محافظت از حقوق زن و در

---

۱. تحریرالوسیله، امام خمینی، ج ۲، ص ۳۵۶، منهاج الصالحین، آقای خوئی، ج ۲، ص ۳۰۱.

راستای اجرای عدالت تثبیت گردیده و کمتر حکم مستقل ابتدایی در این زمینه در قرآن اعلام شده است. در خصوص اقدام به گسستن علقه زوجیت و واقع ساختن طلاق، رویه جاری و جا افتاده و مقبول این بوده که مرد می‌توانسته زن را طلاق دهد، پس از طلاق، زن، می‌بایست مدتی را به عنوان عده، انتظار بکشد و تا آن مدت پایان نیافته حق ازدواج با دیگری را نداشته و در واقع به طور کامل رها نبوده است، مرد می‌توانسته در ایام عده رجوع کند و بدون رضایت و موافقت زن وضعیت قبل از طلاق را ادامه دهد، علاوه بر آن رویه جاری بر این بوده که مرد هنگام طلاق و در واقع بیرون راندن زن از خانه و خانواده، مهریه و یا اموال دیگری اگر به زن داده باز پس می‌گرفته و یا او را تحت فشار قرار می‌داده که آنچه را در اثر ازدواج از شوهر گرفته پس دهد، مرد در ایام عده می‌توانسته رجوع کند و باز طلاق دهد و بارها و بارها این امر را تکرار نماید. علاوه بر آن مرد با سوگند خوردن بر عدم انجام عمل زناشویی با زن (ایلاء) و یا با تشبیه کردن همسر خویش به مادر و خواهرش (ظهار) که عمدتاً در اثر عصبانیت و برای آزار زن و تحقیر او صورت می‌گرفته موجب جدایی خود از زن می‌شده است. قرآن مجید در آیات مربوط جایی تصریح ننموده که اختیار طلاق در دست مرد است و یا ایلاء و ظهار، حق و درست و از حقوق مرد می‌باشد. بلکه با در نظر گرفتن رویه جاری و معمول و بدون رد و ابطال آن، اغلب درپی مطرح شدن موضوع خاصی و تظلم زنان، در واقع حکمی اصلاحی بر رویه جاری و معمول و در جهت تحدید اختیارات مطلقه مرد و حمایت از رعایت حق زن وارد کرده است در مورد طلاق نمی‌گوید مردان هرگاه بخواهند می‌توانند زن خود را طلاق دهند ولی خطاب به پیامبر اکرم(ص) و مسلمین می‌گوید وقتی می‌خواهید طلاق بدهید باید مسأله عده و زمان وقوع طلاق را در نظر بگیرید و در ایام عده زن را از محل سکونتش بیرون نکنید و مدت عده را هم مشخص می‌کند (سوره طلاق) و درپی شکایت زن از شوهر خود که مکرر طلاق می‌دهد و رجوع می‌نماید، طلاق قابل رجوع را به دو طلاق محدود می‌نماید و در عین حال امر به حسن معاشرت و عدم اضرار به زن می‌نماید «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان» ایلاء را که رسمی جاهلی بوده و اجرا می‌شده صریحاً رد و یا تثبیت نمی‌کند ولی مقرر می‌دارد اگر این رویه را پیش گرفتید پس از انقضاء ضرب‌الاجل چهار ماه باید کفاره دهید و از عمل کردن به

مفاد سوگند خود دست بردارید و یا زن را طلاق دهید؛ یا وقتی شکایت زنی بینوا از عمل جاهلی شوهرش به انجام ظهار مطرح می‌شود، این عمل را تقبیح می کند و ارائه طریق می‌نماید که با دادن کفاره با زن خود تماس برقرار نماید و اثر ظهار را از میان بردارد. و با وجود اینکه رویه قطعی و جاری جامعه بر اختیار مطلق مرد در امر طلاق و رها کردن او به وسایل مختلف بوده، و این اختیار هم از سوی قرآن رد نشده است معذلك مسأله طرح اختلاف و مخاصمات زن و شوهر را در داوری پیش‌بینی می کند که شاید داورها بتوانند اختلافات را حل کنند و بین زوجین اصلاح برقرار نمایند «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها ان یریدا اصلاحا یوفق الله بینهما».

بنابراین اجمالاً ملاحظه شد که قرآن در مورد طلاق و بویژه در ارتباط با اختیار طلاق حکم تأسیسی و نوظهوری نیاورده بلکه با امضاء و یا بهتر است بگوییم با عدم رد و ابطال نظم موجود در جامعه آن روز مقداری اصلاحات در نظم و ترتیب موجود به عمل آورده و حتی‌الامکان ارشاداتی هم نموده است و بسیاری از این تغییرات نیز مسبوق به سؤالی و یا متناسب با حادثه موردی است که اتفاق افتاده و راه‌حلی متناسب خود را در همان زمان و مکان می‌طلبیده است و چه بسا در زمانهای دیگر، یا در جوامع دیگر آن نوع واقعه علی‌الاصول وجود نداشته باشد، چنانکه مثلاً ممکن است در غیر جامعه عربستان آن هم در زمان نزول قرآن، رسم و عادتی تحت عنوان ظهار وجود نداشته باشد و اینکه در آن زمان و آن جامعه این ترتیب وجود داشته و برای آن تدبیر و چاره‌ای اندیشیده شده، دلیل نمی‌شود که این تدبیر و ترتیب را از لحاظ زمانی و مکانی عام‌الشمول بدانیم. در مورد خود طلاق نیز همان گونه که گفته شد آنچه در قرآن آمده نقل روند ساری و جاری در جامعه آن روز و محدود کردن آن است به گونه‌ای که از سوءاستفاده مرد در امر زناشویی و اجحاف نسبت به زن جلوگیری شود نظم جاری و موجود این بود، که مرد هر وقت بخواهد می تواند زن را طلاق دهد و در عده رجوع کند، این طلاق و رجوع حد و حصری نداشته است، قرآن بدون اینکه اصل اختیار را برای مرد رد کند و یا مشخصاً روی آن صحه بگذارد ترتیب اصلاحی خود را بر این نظم جاریِ موردِ عمل بیان کرده و دامنه اجرای آن را به دوبار محدود کرده است، و سخنی از اینکه زن هم ممکن است بتواند به نحوی زمام طلاق را در دست گیرد و یا

از دادگاه بخواهد که حق طلاق را برایش بشناسد به میان نیامده است. آیا این دلیل بر این است که تحت هیچ شرایط زمانی و مکانی نمی‌توان آن اختیار مطلق مرد را در تصمیم برای طلاق از او گرفت و در مقابل برای زن نیز در واقع ساختن طلاق نقش قائل شد و بر اراده و خواست او نیز ترتیب اثر قائل شد؟ آیا براستی نظر قرآن، این بوده که راه‌حلی که در مورد معین و برای رفع مشکل خاصِّ پیش آمده‌ای ارائه داده است برای همیشه با همه تغییرات و تحولاتی که ایجاد شده، الزاماً بایَد پیاده شود و جایی برای جایگزین کردن و یا تکمیل کردن آن راه حل وجود ندارد؟ چون موجب انحراف از فرمان الهی و حکم به غیرما انزل‌الله می‌شود؟ یا اینکه می‌شود در این احکام فرعی امضایی نظر دیگری داشت و با عنایت به حکمت و ملاك امضاء و اجرای آنها و یا بهره‌گیری از حکمت مربوط به اصلاحات بعمل آمده در آنها به لحاظ حوادث خاص پیش آمده آنها را به تناسب زمان و مکان و با حفظ فلسفه اصلی آنها، متحول ساخت؟ اینها مسائلی است که جداً قابل توجه و تأمل است. و در هر صورت آنچه در آیات قرآنی در ارتباط با مسأله طلاق مشاهده شد عمدتاً با مفروض دانستن وجود زمام طلاق در دست مرد و سلطه او بر زن، دادن رهنمودها و دستورات اصلاحی نسبت به روشهای موجود و در جهت رعایت حقوق زن بوده است و شاید بتوان گفت راه‌حل ارائه شده حصری نبوده بلکه با درك حکمت و فلسفه آن بتوان راه‌حلهای مشابهی را در موارد مربوطه از آن رهنمود گرفت. چنانکه به گونه‌های مختلف فقهاء همین کار را کرده‌اند و در همین مسأله طلاق در عین حال که بر بودن اختیار طلاق در دست مرد ابرام دارند و آن را از ظاهر همین آیات قرآنی سابق‌الذکر استفاده می کنند می گویند با قرار دادن شرط درعقد نکاح می‌توان طلاق را در اختیار زن قرار داد. برخی از فقهای اهل سنت به طور کلی می گویند می‌شود با قرار دادن شرط درعقد نکاح، امر طلاق را به زن تفویض کرد[1] و فقهای شیعه عموماً پذیرفته‌اند که می‌شود در عقد نکاح شروطی را علیه مرد قرار داد و بیان کرد که اگر مرد از انجام آن شروط تخلف کرد، زن وکیل باشد که خود را مطلقه

---

۱. وهبه زحیلی: زن می‌تواند با رضایت مرد از همان آغاز عقد طلاق را برای خود شرط نماید. «و تستطیع ان تشرطه لنفسها ان رضی الرجل منذبدایةالعقد.» الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۳۶۰.

نماید.[۱] درست است که در اینجا اختیار زن ذاتی نیست و درواقع گرفته شده از اختیار مرد است ولی به هر حال، عملاً به نوعی اختیار طلاق در دست زن قرار می گیرد.

دادن زمام طلاق به دست زن از طریق وکالت و نظر امام خمینی(ره) در این خصوص

چنانکه برخی از فقهای شیعه هم شرط کردن وکالت زن در امر طلاق را به طور مطلق بدون هیچگونه قیدی صحیح دانسته‌اند و از آن تعبیر کرده‌اند که از این طریق زمام طلاق به دست زن قرار می گیرد. در این زمینه نقل سؤالی که در سال ۱۳۵۸ از حضرت امام خمینی(ره) بعمل آمده و متن پاسخ ایشان خالی از فایده نیست: متن استفتاء گروهی از زنان مبارز از محضر امام خمینی در تاریخ ۵۸/۸/۷ و پاسخ ایشان به نقل از کتاب **صحیفه نور**، ج ۱۰، ص۷۸ بدین شرح است:

بسم‌الله الرحمن الرحیم

حضور مقدس رهبر انقلاب اسلامی ایران امام خمینی دام‌ظله

مسأله اختیار طلاق به دست مرد، موجب ناراحتی و تشویش خاطر گروهی از زنان مبارز ایران شده است و گمان می کنند که دیگر به هیچوجه حق طلاق ندارند و از این موضوع افرادی سوءاستفاده کرده و می کنند. نظر جنابعالی راجع به این مسأله چیست؟

پاسخ امام خمینی به این استفتاء:

بسم‌الله الرحمن الرحیم

برای زنان محترم، شارع مقدس راه سهل معین فرموده است تا خودشان زمام طلاق را به دست گیرند. به این معنی که در ضمن عقد نکاح اگر شرط کنند که وکیل باشند در طلاق، به صورت مطلق یعنی هر موقعی که دلشان خواست طلاق بگیرند و یا به صورت مشروط، یعنی اگر مرد بدرفتاری کرد یا مثلاً زن دیگری گرفت، زن وکیل باشد که خود را طلاق دهد، دیگر هیچ

---

۱. وسیلة‌النجاة، سیدابوالحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۴۳۶: ممکن است مرد به زن وکالت دهد که اگر مثلاً سفرش بیش از ۳ ماه طول کشید یا در دادن نفقه بیش از یك ماه سهل انگاری کرد خود را مطلقه سازد. «یجوز ان یوکلها علی انه لوطال سفره ازید من ثلاثة شهور مثلا او سامح فی انفاقها ازید من شهر طلقت نفسها.» در همین زمینه است ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی.

اشکالی برای خانمها پیش نمی آید و می توانند خود را طلاق دهند.

از خداوند متعال توفیق بانوان و دختران محترم را خواستارم. امید است تحت تأثیر مخالفین اسلام و انقلاب اسلامی واقع نشوید که اسلام برای همه مفید می باشد.

روح الله الموسوی الخمینی

حال اگر در مجموع مصلحت جامعه در این تشخیص داده شد که مطلق العنان بودن مرد و یا اختیار ذاتی او در امر طلاق محدود شود و همانند زن، خواسته خود را در دادگاه مطرح نماید و به هر حال زن هم که اراده و قصد و رضای او نقش مساوی در ایجاد علقه زوجیت داشته در جریان تصمیم بر جدایی قرار گیرد، یا موافقت او اخذ شود و یا مقرر گردد که باید به تشخیص دادگاه خواست مرد منطقی و موجه باشد تا بتواند اقدام به طلاق نماید، آیا این تصمیم مخالف نص قرآن است و یا اینکه می تواند با روح قرآن منافاتی نداشته باشد؟ و آیه ۳۵ سوره نساء که به حکومت تکلیف نموده، موارد اختلاف بین زوجین را به داوری ارجاع نماید می تواند الهام بخش این نوع تلقی باشد؟ حداقل می توان گفت اخیراً بعضی از فقهاء از آیات سوره بقره در مورد طلاق که بخصوص بر تکلیف مرد به نگهداشتن زن به نیکی یا رها کردن او به نیکی امساك بمعروف او تسریح باحسان تأکید کرده، این قاعده کلی را استفاده کرده اند که اگر مرد به تعهدات زوجیت خود درست عمل ننماید نمی تواند به قدرت مطلقه خویش در طلاق دادن یا ندادن استناد کند و از فقدان اختیار زن برای توسل به طلاق سوءاستفاده نماید، بلکه زن می تواند الزام شوهر متمرد و غیر عامل به وظیفه و تعهد زناشویی را به طلاق بخواهد و خود را از دست او رها سازد.[۱]

وقتی بنا شد مصلحت و حکمت عدم اضرار به زوجه، راه را برای رهایی او از شوهر به رغم خواست شوهر باز نماید، همین مصلحت باید بتواند از سوی دیگر رها کردن بی قید و شرط مرد را نیز محدود کند.

---

۱. به عنوان نمونه ر.ك: اظهارات آیت الله حلی در رساله حقوق الزوجیة، به نقل مرحوم شهید مطهری در کتاب نظام حقوق زن در اسلام، ص ۳۲۲، وی پس از نقل آیه «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسریح باحسان» و آیات مشابه دیگر از همین سوره می گوید: «از این آیات یك اصل کلی استفاده می شود و آن اینکه هر مردی در زندگی خانوادگی یکی از دو راه را باید انتخاب کند، یا تمام حقوق و وظایف را به خوبی و شایستگی انجام دهد (امساك بمعروف) و یا علقه زوجیت را قطع و زن را رها سازد (تسریح باحسان)، شق سوم یعنی اینکه زن را طلاق ندهد و بخوبی و شایستگی هم از او نگهداری نکند، از نظر اسلام وجود ندارد...»

به هر حال، در این قسمت، بحث ما در این است که آیا از قرآن مجید استفاده می شود که اختیار طلاق ذاتاً در دست مرد است و این امر، یك حکم اصلی الهی است که نمی توان بر خلاف آن ترتیبی مقرر کرد یا خیر؟ چنانکه قبلاً هم اشاره کردیم بسیاری از فقهاء، این گونه استنباط کرده‌اند و علاج و چاره‌ای هم برای آن نمی بینند و بعضی به صراحت ذکر کرده‌اند که مستفاد از آیات قرآن و اخبار وارده این است که مرد اختیار طلاق را در دست دارد و با علت یا بدون علت موجه می تواند زن را طلاق دهد. هر چند طلاق بدون علت مکروه است. قبلاً بیان قاضی ابن‌براج را نقل کردیم و در اینجا نیز نظر یکی دیگر از فقهاء و محدثین امامیه را نقل می کنیم که به صراحت این نظر را از قرآن استنباط کرده است. قاضی ابوحنیفه نعمان صاحب کتاب دعائم الاسلام در آغاز مبحث طلاق با نقل آیه شریفه: «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة...» می گوید:

«طلاق طبق کتاب خدا و سنت پیامبر مباح است، پس طلاق در دست مرد است و هر مردی که از زنش خوشش نیاید و طالب جدایی از او باشد، می تواند طلاق دهد خواه برای این کار علتی داشته باشد یا بدون علت اقدام کند. ولی در صورت نبودن اختلاف و همزیستی، و بدون علت و جهت، طلاق مکروه است لیکن حرام نیست.»[1]

ولی چنانکه با سیر در آیات مربوط به طلاق و جدایی ملاحظه کردیم، قرآن به عنوان یك حکم تأسیسی، اختیار مطلق مردان را برای طلاق بیان نکرده است، درجهت امضای رویه جاری و موجود در زمان خود هم الزاماً نمی توان گفت، عنایت به تثبیت قطعی این رویه و غیر قابل اصلاح بودن آن داشته بلکه هدف اصلی تعدیل رویه غیرعادلانه موجود و ارائه طریق برای اتخاذ روش منصفانه‌تر درجهت رعایت حقوق زن بوده است. اگر این نوع تلقی از بیان مطلب بوسیله قرآن درست باشد و تفسیر به رأی ناصواب به حساب نیاید، راه برای قرار دادن ترتیبات اصلاحی باز خواهد بود، و می شود با وضع قوانین، شوهر را نه فقط از لحاظ اخلاقی بلکه قانوناً هم از دست زدن به طلاقهای ناموجه، منع کرد.

---

۱. دعائم الاسلام، ج ۲، ص ۲۵۷، شماره ۹۷۸: «فالطلاق علی کتاب الله جل ذکره و سنة رسول الله(ص) مباح لمن اراده فالطلاق بایدی الرجال فمن کره امرأة و احب فراقها فله ذالك لعلة او لغیر علة، ولکن تکره الفرقة بعد الائتلاف و الصحبة لغیر علة، کراهة لیست بمحرمة.»

ب ـ سنت

طبعاً در این قسمت هم مقصود بیان احکام مختلف طلاق در اخبار و روایات نیست، بلکه منظور بررسی وضعیت حق و اختیار هر یك از زن و مرد در خصوص اقدام به طلاق در روایات است.

همان گونه که در مورد آیات قرآنی متعرض شدیم، طبعاً اخبار و روایات وارده از پیامبر اکرم(ص) و ائمه اطهار نیز بر مبنای اختیار مرد در امر طلاق وارد شده است و بر این مبنا احکامی ذکر گردیده است.

نقل سه دسته روایت در مورد طلاق

در اینجا به سه دسته از روایات اشاره می کنیم:

دسته اول: روایاتی که در ذم طلاق وارد شده تا جایی که بعضی‌ها از این گونه روایات استشمام اصل ممنوعیت و یا حرمت طلاق را کرده‌اند. که چند نمونه از آنها را نقل می کنیم:

۱ـ در کتاب فروع کافی از امام باقر(ع) نقل شده که فرمود: پیامبر خدا بر مردی گذشت و از او پرسید با زنت چه کردی؟ گفت طلاق دادم، فرمود بدون داشتن رفتار بد او را طلاق دادی گفت آری، چندی بعد آن مرد با زنی دیگر ازدواج کرد و باز او را طلاق داد دفعه بعد که پیامبر (ص) او را دید همان سؤال قبلی را تکرار کرد و باز مرد پاسخ داد این بار هم زن را بدون جهت طلاق داده است پیامبر (ص) فرمود: خداوند دشمن می‌دارد یا لعن می کند مردان و زنان تنوع طلب را که بی جهت به طلاق روی می آورند.[۱]

۲ـ از امام صادق(ع) نقل شده که فرمود: در بین حلال‌های خداوند، هیچ چیز در نزد خدا مبغوض تر از طلاق نیست، و خداوند افرادی را که سریع طلاق می دهند و باز نکاح می کنند دشمن می‌دارد.[۲]

۳ـ از امام صادق(ع) نقل شده که فرمود خداوند خانه‌ای را که در آن عروسی است

---

۱. قال رسول‌الله (ص): «ان الله یبغض اویلعن کل ذواق من الرجال و کل ذواقة من النساء» فروع کافی، ج ۶، کتاب طلاق، ص ۵۴، وسایل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۶۷.

۲. «... ما من شیی مما احله الله عزوجل ابغض الیه من الطلاق و ان الله یبغض المطلاق الذواق»، همان منابع.

دوست می‌دارد ولی خانه‌ای را که طلاق در آن واقع می‌شود، دشمن می‌دارد و هیچ چیز نزد خدا مبغوض تر از طلاق نیست.[۱]

۴ـ به پیامبر(ص) خبر رسید که ابوایوب می‌خواهد زنش را طلاق دهد، فرمود: طلاق دادن ام ایوب گناه است.[۲]

۵ـ از امام صادق(ع) نقل شده که فرمود: پیامبر(ص) فرموده است: . . . هیچ چیز نزد خدا محبوب تر از خانه‌ای نیست که با نکاح آباد می‌شود و هیچ چیز مبغوض تر از خانه‌ای نیست که با طلاق خراب می‌شود و آنگاه امام صادق(ع) فرمود: اینکه این قدر خداوند در مورد طلاق تأکید کرده و مکرر از آن سخن گفته به خاطر این است که جدایی را دشمن می‌دارد.[۳]

روایتی از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که فرمود: هر زنی که بدون جهت از شوهرش طلاق بخواهد بوی بهشت به مشامش نمی‌رسد.[۴]

دسته دوم: روایاتی که طلاق را در اختیار مرد می‌داند:

در باره این روایات هم می‌توان گفت عمده روایاتی که در باب طلاق وارد شده طبعاً حکایت از اختیار مرد در امر طلاق دارد ولی معدودی روایت وجود دارد که مشخصاً به نظر می‌رسد حق طلاق را به مرد داده‌اند:

۱ـ معروف ترین روایت در این باب، روایتی است که از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که فرمود: «الطلاق بید من اخذ بالساق» محقق صاحب شرایع در مقام بیان عدم صحت طلاق به وسیله ولی می‌گوید علت آن این است که طلاق مخصوص مالك بضع است و شهید ثانی در مسالك در شرح این کلام می‌گوید علت این امر حدیث منقول از پیامبر(ص) است که فرمود: طلاق در اختیار کسی است که ساق را در اختیار دارد، کنایه از شوهر است که حق منحصر تمتع از زن را داراست. شهید می‌گوید: مقتضای این روایت

---

۱. «ان الله عز و جل یحب البیت الذی فیه العرس، و یبغض البیت الذی فیه الطلاق، و ما من شیی ابغض الی الله عزوجل من الطلاق»، منابع پیشین.

۲. «بلغ النبی(ص) ان ابا ایوب یرید ان یطلق امرأته فقال رسول الله ص: ان طلاق ام ایوب لَحوب» منابع پیشین.

۳. وسائل الشیعه، ج ۵، ص ۲۶۶.

۴. المبسوط، شیخ طوسی، ج ۵، ص ۳.

این است که طلاق صحیح و معتبر، منحصراً در اختیار شوهر است که وصف فوق را دارد یعنی مالك بضع است.[۱]

این حدیث که بسیار معروف است و علی‌الاصول شیعه و سنی هم به آن استناد می کنند در کتابهای اصلی حدیث شیعه مثل کافی، تهذیب و وسائل‌الشیعه و امثال آنها دیده نشد ولی در کتب حدیث اهل سنت وجود دارد، البته فقهای شیعه هم به مناسبت از آن یاد کرده و به آن استناد نموده‌اند و از آن به عنوان حدیث نبوی مقبول یاد کرده‌اند.[۲] اصل حدیث و شأن صدور آن البته برای بیان انحصار طلاق در دست شوهر در مقابل زن و یا دادگاه نبوده است، آن گونه که در سنن ابن ماجه نقل شده شأن نزول و صدور این حدیث بدین گونه است؛ ابن‌عباس می گوید: مردی (برده‌ای) آمد خدمت پیامبر اکرم(ص) و گفت مالك من، کنیزش را به عقد ازدواج من درآورده است و حال می‌خواهد بین من و او جدایی بیندازد یعنی مالك کنیز می‌خواهد کنیز را از شوهرش مطلقه نماید و بدون خواست شوهر و احتمالاً بدون موافقت زن. ابن‌عباس می گوید: پیامبر(ص) به منبر رفت و فرمود:

...ای مردم چه شده است که بعضی از شما کنیزش را به عقد ازدواج برده‌اش درمی‌آورد و آنگاه می‌خواهد بین آنها جدایی بیفکند؟ همانا طلاق حق کسی است که ساق زن را در اختیار دارد: «یا ایها الناس ما بال احدکم یزوج عبده امته ثم یرید ان یفرق بینهما؟ انما الطلاق لمن اخذ بالساق».[۳]

در واقع، صریح‌ترین حدیثی که برای اثبات اختیار و حق‌مطلق مرد بر امر طلاق و عدم جواز گرفتن این حق از او به آن استناد می‌شود، همین حدیث است که همان‌طور که ملاحظه شد شأن نزولش در مقام اعمال اختیار طلاق به وسیله صاحب و مالك زن (کنیز) بوده و برای رد اختیار او بیان شده است. ولی اینکه مفاد این حدیث مانع ایجاد مقرراتی

---

۱. مسالك الافهام، ج ۹، ص ۱۱: پس از نقل حدیث: الطلاق بید من اخذ بالساق می گوید: «و هو یقتضی انحصار وقوع الطلاق المعتبر فی الزوج المستحق للوصف.»
۲. جواهرالکلام، ج ۳۲، ص۵.
۳. سنن ابن ماجه، تحقیق محمدفوأد عبدالباقی، داراحیاء التراث العربی، چاپ ۱۹۷۵ میلادی، ج اول، ص ۶۷۲، حدیث ۲۰۸۱.

از سوی حکومت صالح در جهت رعایت مصالح خانواده‌ها و جلوگیری از طلاقهای بدون علت و جهت و محدود کردن اختیار مطلق مرد با مقرر کردن مداخله دادگاه بشود، جای تأمل دارد.

۲ـ احادیث دیگری که قبلاً اشاره‌ای به آنها شد، به این مضمون وارد شده که از جمله کسانی که دعایشان مستجاب نمی‌شود مردی است که زنش را نفرین می‌کند، در حالی که اختیار طلاق در دست اوست و می‌تواند با طلاق دادن از دست او نجات پیدا کند. در این روایات تعبیر شده است که امر طلاق به دست مرد است، یا خداوند طلاق را در دست مرد قرار داده است.[1]

طبعاً روایات دیگری هم که احکام طلاق و شرایط واقع ساختن آن را از سوی زوج بیان می‌کنند ضمناً بر بودن اختیار طلاق در دست مرد دلالت دارند.

دسته سوم: روایاتی که امکان دستیابی زن را به طلاق می‌دهند:

در این زمینه می‌توان به دو نوع روایات اشاره کرد: روایاتی که به زن رهنمود می‌دهند چگونه شوهر خود را راضی و حاضر برای طلاق دادن نماید، یعنی روایات مربوط به طلاق خلع و مبارات، و نوع دوم روایاتی که به حاکم یا دادگاه اجازه می‌دهند شوهر را ملزم به طلاق نماید و یا احیاناً خود به جای مرد تصمیم گرفته و طلاق و جدایی را واقع سازد.

طلاق خلع و احادیث مربوط به آن

طلاق خلع در جایی واقع می‌شود که زن می‌خواهد از شوهر جدا شود، یعنی از اوخوشش نمی‌آید، در اینجا پیش‌بینی شده و در روایات زیادی این معنی ذکر شده که اگر زن به مرد گفت از تو اطاعت نمی‌کنم، و حدود را رعایت نمی‌کنم و حتی ممکن است خیانت کنم در این صورت مرد می‌تواند مالی را از زن بگیرد و او را طلاق دهد و این طلاق، بائن است یعنی برای مرد در ایام عده حق رجوع نیست مگر اینکه در ایام عده زن از مالی که

---

۱. فروع کافی، ج ۶، ص ۵۶ و وسائل الشیعة، ج ۱۵، صص ۲۷۰ و ۲۷۱ قال رسول الله (ص): «خمسة لایستجاب لهم: رجل جعل الله بیده طلاق امرأته فهی تؤذیه و عنده ما یعطیها و لم یخل سبیلها.»

بخشیده بر گردد و رجوع کند که در این صورت برای مرد هم حق رجوع پیدا می‌شود.[1] مبارات هم چنانکه در مبحث قبلی به آن اشاره کردیم نوعی از خلع است و درواقع ماهیتاً همان طلاق خلع است، با اندك تفاوتی که عبارت است از طرفینی بودن کراهت و اینکه مالی که زن می‌بخشد نباید بیش از مهریه‌اش باشد.

به هر حال گفته شده مبنای اصلی تجویز طلاق خلع و یا به تعبیر دیگری تجویز گرفتن مالی از زن و طلاق دادن او بخشی از آیه ۲۲۹ سوره بقره است که پس از نهی گرفتن مالی از زن در هنگام طلاق دادن او می‌فرماید، اگر بیم دارید حدود خدا رعایت نکنند، اشکالی ندارد که زن مالی را به شوهر بدهد و مرد فدیه را بگیرد. «فان خفتم الا یقیما حدود الله فلاجناح علیها فیما افتدت به...».

این آیه هر چند صراحتی بر طلاق خلع ندارد ولی قرینه‌ای بر این امر گرفته شده که می‌شود مرد با گرفتن فدیه و مالی از زن او را طلاق دهد، و به هر صورت مهمترین مستند حدیثی که برای طلاق خلع ذکر شده، روایت و شاید بتوان گفت عمل قضائی پیامبر اکرم(ص) است که به عنوان شأن نزول این آیه نقل شده است، عموم مفسرین و محدثین نقل کرده‌اند که زنی به نام جمیله دختر عبدالله بن ابی زن مردی بود به نام ثابت بن‌قیس که گویا بدقیافه بود و زن از او خوشش نمی‌آمد و می‌خواست طلاق بگیرد، نزد پیامبر اکرم(ص) آمد و گفت من شوهرم را زشت می‌دارم و طاقت زندگی با او را ندارم، و چون ثابت بن‌قیس، باغی را صداق او کرده بود پیامبر(ص) به او گفت حاضری باغش را به او بازگردانی گفت بلی، پس پیامبر(ص) دستور داد که باغ را برگرداند و به مرد هم دستور داد او را طلاق دهد. تعبیر مجمع‌البیان این است که پیامبر(ص) فرمود: ثابت آنچه را به او دادی بگیر و او را رها کن ثابت بن‌قیس چنین کرد و این اولین خلعی بود که در اسلام واقع شد.[2]

در بعضی از نقل‌ها آمده است که پیامبر(ص) بین آنها جدایی افکند یعنی در واقع با

---

۱. برای ملاحظه روایات مربوط به طلاق خلع و مبارات ر.ك: وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۴۸۷ به بعد و دیگر کتب حدیث.

۲. مجمع‌البیان، ج اول، ص ۵۷۷: «... فقال یا ثابت خذمنها ما اعطیتها و خل سبیلها...» نظیر همین بیان: تفسیر المنار، ج ۲، ص ۳۹۰.

اظهار کراهت شدید از سوی زن و برگرداندن مهریه‌اش پیامبر (ص) مثلاً به عنوان حاکم طلاق را واقع ساخت.[۱]

اکثر فقهاء معتقدند در صورت اظهار کراهت ازسوی زن و درخواست طلاق و حاضر شدن برای بخشیدن مهریه‌اش، برای مرد تکلیف ایجاد نمی‌شود که زن را طلاق دهد بلکه می‌تواند پیشنهاد زن را بپذیرد فدیه او را قبول کند و در عوض طلاق دهد و می‌تواند نپذیرد و طلاق ندهد هر چند گفته‌اند در صورت اظهار کراهت شدید از سوی زن و اینکه ممکن است مرتکب گناه شود، مؤکداً مستحب است که پیشنهاد زن را بپذیرد و طلاق دهد.[۲]

ولی شیخ طوسی در کتاب نهایه واقع ساختن طلاق خلع را از سوی مرد واجب دانسته و گفته است اگر زن به شوهر گفت از تو اطاعت نمی کنم، حدی را رعایت نمی کنم، غسل جنابت نمی کنم و اگر طلاقم ندهی به تو خیانت می کنم، در این صورت بر مرد واجب است که او را طلاق خلع دهد.[۳]

صلاح‌الدین حلبی نیز معتقد است اگر به صورت عادی زن از شوهر درخواست طلاق کند و از او بخواهد در مقابل گرفتن مال او را رها نماید، بر شوهر واجب نیست که بپذیرد ولی اگر تمایل زن به جدا شدن شدید باشد به گونه‌ای که بگوید اگر طلاق ندهی، مرتکب معصیت می‌شوم و خیانت می کنم دیگر بر مرد جایز نیست او را نگه‌دارد و باید با گرفتن مال که می تواند مال زیاد باشد او را طلاق دهد.[۴]

همان‌طور که گفتیم فقیهان دیگر وجوب طلاق خلع و در واقع ملزم بودن شوهر به

---

۱. سنن ابن ماجه، ج اول، ص ۶۶۳، از دو طریق حدیث را نقل می کند در یك نقل (حدیث ۲۰۵۷) آمده است که پس از باز گرداندن باغ (مهریه) از سوی زن، پیامبر بین آنها جدایی انداخت (ففرق بینهما).

۲. مسالك الافهام، ج ۹، ص ۴۱۱: «الاصح ان الخلع لایجب علی الزوج مطلقا للاصل . . .» و جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۳.
الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۴۸۲ پس از نقل حدیث ثابت بن قیس و امر پیامبر (ص) به طلاق می گوید، این امر، امر ارشادی است و در مقام افاده وجوب نیست.

۳. نهایه، شیخ طوسی، ص ۵۲۹ « . . . فمتی سمع منها هذاالقول وجب علیها خلعها.»

۴. الکافی فی الفقه، ابوالصلاح حلبی، ص ۳۰۷.

قبول خواست زن را نپذیرفتند. صاحب جواهر می گوید: شکی نیست که قول به لزوم واقع ساختن طلاق خلع از سوی شوهر ضعیف است و با اصول و قواعد مذهب منافات دارد.[۱]

احادیث مربوط به ملزم بودن شوهر به طلاق

در برخی از موارد غیر از مورد خلع که از آن سخن به میان آمد، روایت خاص مربوط به درخواست جدایی از سوی زن و الزام شوهر به واقع ساختن طلاق، تا آنجا که ما بررسی کردیم در دو مورد وجود دارد یکی در مورد غایب مفقودالاثر، و دیگری در مورد ترك انفاق. و در واقع در هر دو زمینه روایات وارده به این معنی باز می گردند که اگر از سوی زوج، نفقه زوجه داده نشد، می شود او را ملزم به طلاق نمود و اگر طلاق نداد، حاکم او را طلاق می دهد ولی در صورتی که نفقه زن داده می شود، در روایات تجویز طلاق نشده بلکه در برخی از آنها، درخواست طلاق از سوی زن ممنوع و غیر مقبول اعلام شده است.

به هر حال در زمینه غایب مفقودالاثر بنا به روایات منقوله در وسائل الشیعه عمدتاً این مضمون وجود دارد که اگر زن بر این امر سازگار است و صبر می کند که مسأله ای نیست ولی اگر صبر نمی کند و به حاکم شکایت می برد حاکم چهار سال مدت تعیین می کند و در این مدت دستور می دهد در اطراف و اکناف بگردند اگر خبری از حیات شوهر پیدا شد که باید صبر کند ولی اگر از حیات و ممات شوهر خبری پیدا نشد، حاکم ولی شوهر را می خواهد و تحقیق می کند اگر شوهر مالی دارد باید نفقه زن را از آن بدهند و اگر مالی نباشد باید ولی شوهر نفقه زن را بدهد و اگر در هر حال نفقه زن داده نشد در این صورت حاکم ولی را مجبور می کند که زن را طلاق دهد و اگر ولی نباشد حاکم او را طلاق می دهد. در تعدادی از این روایات آمده است که اگر زن به گرفتن نفقه قانع نباشد و بگوید نیازهای دیگری دارد و نمی تواند بر این حالت صبر نماید، آیا می شود او را طلاق داد؟ طبق نقل این روایات امام فرموده است خیر، زن را نمی رسد که این حرفها بزند و وقتی نفقه او را می دهند باید صبر کند «ارایت ان قالت: انا ارید مثل ما ترید النساء و لا اصبر و لا اقعد کما انا، قال: لیس لها ذالك و لا کرامة اذا انفق علیها»[۲]

---

۱. جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۴: «وعلی کل حال فلاریب فی ضعفه و منافاته اصول المذهب و قواعده.»

۲. ر.ك: وسائل الشیعة، ج۱۵، صص ۳۸۹ و ۳۹۰ باب ۲۳ از ابواب طلاق احادیث ۱ تا ۵.

معلوم نیست منظور از ولی زوج در این روایات، دقیقاً چه کسی ممکن است باشد که حتی ملزم به دادن نفقه زن او می گردد. لحن روایات و این نوع تعرض به خواست زنی که سالها شوهرش غایب است و تنها به گرفتن نفقه نمی تواند قانع باشد و خواست معقول و منطقی دارد، تردید جدی در صحت این روایات و معقول بودن عمل به آنها را ایجاد می کند. و از همین روست که بعضی از بزرگان و فقهای صاحب نام مانند شیخ انصاری، سیدمحمد کاظم یزدی و امام خمینی(ره) با واقع بینی و درایت و اجتهاد درست با روی گرداندن از جزمیت و تقید به الفاظ و ظواهر این روایات و با عنایت به قواعد کلی مربوط به رفع حرج و ضرر، به شرحی که در بخش مربوط به فسخ گفته شد، زن را محق در خواست طلاق دانسته اند و به حاکم و دادگاه حق داده اند که طلاق را واقع سازد. در مورد نفس مسأله انفاق و ترك انفاق از سوی شوهر نیز، بخصوص روایاتی وارد شده که اگر مرد حاضر نشد نفقه زن را بدهد باید او را طلاق دهد و یا دادگاه او را طلاق می دهد. از جمله روایت منقوله از امام باقر(ع) که فرمود: هر کس پوشاك و خوراك زن خود را تأمین نکند، امام می تواند بین آنها جدایی بیفکند.[۱] احادیث دیگری نیز به همین مضمون نقل شده است که چون حاوی حکم جدیدی نیست نیازی به ذکر آنها نمی باشد.

نتیجه بحث

همان گونه که در ابتدای بحث مربوط به طلاق گفتیم، هدف از طرح بحث رسیدن به یك جمع بندی مشخص و نتیجه گیری ملموس در این زمینه نبود و هم اکنون هم در مقام این نیستیم با این بحث نه چندان کامل، نظری اجتهادی عرضه نمائیم که طبعاً در صلاحیت ما نیست. عمده هدف، باز کردن مطلب و شکافتن مبانی نظرات فقهی و در واقع طرح سؤال و ایجاد روحیه تأمل و احساس بازنگری در نوع نگرش به مسائل مبتلابهی از این دست بود که فکر می کنم تا حدودی این نتیجه حاصل شده باشد. به هر حال دیدیم که در مورد طلاق و

---

۱. وسائل الشیعه، پیشین، ص ۲۲۳: «من کانت عنده امرأة فلم یکسها مایواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقا علی الامام ان یفرق بینهما.»

بودن اختیار مطلق آن در دست مرد همواره و بخصوص در این سالهای اخیر این دغدغه وجود داشته است که ممکن است مرد از این اختیار سوءاستفاده نماید و بر زن ستم روا دارد و توصیه‌های اخلاقی هم نتواند، به لحاظ فقدان ضمانت اجرایی برای جلوگیری از سوءاستفاده مرد مفید واقع شود. دیدیم که بعضی از فقهاء به صراحت اختیار مطلق مرد را در امر طلاق مورد تأکید قرار داده‌اند. از آیات قرآن نیز عموماً این استفاده را کرده‌اند که اختیار طلاق در دست مرد است. نه این اختیار را به زن می‌توان داد و نه اعمال آن را به حکم دادگاه موکول کرد. فقیهانی که با مسائل روز آشنایی دارند و ایرادات مربوط به وجود تبعیض بین مرد و زن را از این حیث می‌شنوند در مقام توجیه این امر بر آمده‌اند یعنی با مسلم و قطعی دانستن این مطلب که به حکم اسلام و قرآن حق طلاق مخصوص شوهر است در مقام توجیه آن بر آمدند و دلایلی بر ندادن اختیار طلاق به دست زن یا به دادگاه ذکر کرده‌اند که البته چندان هم قانع کننده نیست. برخی از نظرات و استدلالات وهبه زحیلی را در این زمینه از کتاب: الفقه الاسلامی و ادلته دیدیم و اکنون به عنوان نمونه اشاره به برخی از توجیهات و استدلالات عالم مصری محمد ابوزهره می‌نماییم و به نقد آن می‌پردازیم.

توجیهات محمد ابوزهره برای بودن طلاق در اختیار مرد و نقد آن

ابوزهره بعد از بیان حکمت و فلسفه مشروعیت طلاق و اینکه منطق سلیم اقتضاء می‌کند که اجمالاً اصل طلاق پذیرفته شود، می‌گوید به هر حال به نظر فقهاء طلاق در دست مرد است ولی به نظر محققین از فقهاء، اصل در طلاق حظر و منع است یعنی تا نیازی به طلاق نباشد و توجیه صحیحی برای آن وجود نداشته باشد، مرد نمی‌تواند دست به طلاق بزند ولی خاطر نشان می‌سازد که ضمانت اجرایی این اصل ممنوعیت، بطلان طلاق یا حتی جریمه کردن متخلف نیست بلکه ضمانت اجرای آن وجدانی و اخلاقی است. وی بعضی محاکم مصر که به استناد اصل ممنوعیت طلاق، شوهری را که بدون داشتن علت موجه مبادرت به طلاق زن خود می‌نماید محکوم به پرداخت غرامت به زوجه می‌نمایند تخطئه می‌کند و می‌گوید حق این است که اصل در طلاق ممنوعیت است و طلاق باید توجیه صحیح داشته باشد ولی این توجیه جنبه شخصی و وجدانی دارد و لازم نیست امری ظاهر باشد که بتواند در دادگاه اثبات گردد. ولی در هر حال، این مسأله را مطرح می‌کند، حال که

باید طلاق در صورت وجود نفرت و اختلاف شدید مجاز باشد، بهتر است زمام آن را به‌دست چه کسی داد؟ مرد، زن یا قاضی؟ و خود می گوید بدون تردید اگر زوجین توافق بر طلاق داشتند باید آن را تجویز کرد زیرا هر عقدی که طرفین بر پایان دادن به آن توافق کنند باید به آن خاتمه داد. ولی اگر یکی از طرفین متقاضی طلاق باشد چه باید کرد آیا اختیار طلاق باید به دست خودش باشد، چه زن و چه مرد یا به گونه دیگری باید رفتار کرد. می گوید ممکن است گفته شود روش صحیح این است که در صورت عدم توافق، طلاق را به دست قاضی بسپاریم، زیرا قاضی ناظر بی طرف است، و عقدی که با اراده دو طرف به‌وجود آمده نباید با اراده یك طرف، گسسته شود و در معرض هوا وهوس و تصمیم مبتنی بر خشم زودگذر او قرار گیرد. آقای ابوزهره می گوید این نظر، قابل توجه است و برخی از قوانین هم همین روش را مقرر کرده‌اند ولی اشکال کار این است که هنگامی این ترتیب می تواند درست باشد که مسائل مورد اختلاف با دلایل ظاهری و امارات و بینه قابل رد و اثبات باشند قاضی درپی یافتن حق و ظلم است تا حق را تثبیت کند و جلوی ظلم را بگیرد ولی مسأله زندگی زناشویی مسأله ظالم و مظلوم نیست، مسأله صلاحیت بقا و دوام این زندگی و استمرار مودت و عدم آن مطرح است. اگر مثلاً شوهری متقاضی طلاق باشد چون از زن بدش می آید و رشته مودت و دوستی بین آنها به هم خورده است و قاضی نتواند بین آنها سازش برقرار کند چه می تواند بکند آیا به خاطر عدم ارائه توجیه صحیح، طلاق نمی دهد و یا به خاطر عدم امکان سازش حکم به طلاق می دهد. لابد باید حکم به طلاق بدهد یعنی همان کاری که خود زوج می خواست انجام دهد و حال که ناگزیر به این نتیجه می‌رسیم پس بهتر نیست از ابتدا اختیار طلاق دست خود مرد باشد تا اسرار زندگی زناشویی و مسائل شخصی و فردی زوجین بر ملا نشود و در سوابق دادگاه ثبت و ضبط نگردد؟

وی ادامه می‌دهد که در اسلام فقط وقتی طلاق به درخواست زن باشد رسیدگی و تصمیم به عهده قاضی گذاشته شده و برای حفظ حقوق زن، طبق نظر بسیاری از فقهاء هرگاه زن از ادامه زندگی زناشویی متضرر شود و معلوم شود که شوهر او را اذیت و آزار می‌دهد، می تواند از دادگاه درخواست طلاق کند.

ابوزهره در پاسخ این سؤال که چرا بین زن و مرد فرق گذاشته شده و به مرد اجازه داده

شده که بدون مراجعه به دادگاه زن را طلاق دهد ولی طلاق به درخواست زن مشروط به مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم از دادگاه شده است، می گوید علت این امر به طبیعت زن و مرد برمی گردد، زن تحت تأثیر عاطفه است و عاطفه هر گاه بر امور مهم غلبه پیدا کند ضرر می‌رساند. اگر طلاق در دست زن باشد بدون سنجیدن عواقب آن، اقدام به طلاق می نماید ولی مرد بخصوص بخاطر اینکه برای ازدواج خرج کرده و پیامدهای آن را می داند و نگران وضع فرزندان است، بیشتر اندیشه می کند و قبل از اقدام به طلاق پیامدهای آن را ارزیابی می کند و مضار و منافعش را می سنجد و آنگاه تصمیم می گیرد.[۱]

بیان توجیهی محمد ابوزهره با همه شیرینی و جذابیت آن گمان نمی کنم برای توجیه تفاوت بین زن و مرد مخصوصاً در جهت توجیه عدم لزوم مراجعه مرد به دادگاه قانع کننده باشد. اگر عادلانه و عاقلانه و درست است که مرد صرفاً به خاطر این که زن را دوست ندارد و نمی‌خواهد با او زندگی کند بتواند او را طلاق دهد و لازم و صحیح نباشد اسرار زندگی خانوادگی را در دادگاه مطرح کند، چرا این وضعیت در مورد زن صادق نباشد و او ناگزیر باشد موارد ملموس و قابل ارائه و اثبات را مطرح نماید تا موفق به اخذ اجازه طلاق گردد، و مگر الزام مراجعه زن به دادگاه و طرح درخواست طلاق، موجب برملا شدن اسرار زندگی خانوادگی نمی‌شود. از سوی دیگر، درست است که زن از عاطفه قوی برخوردار است ولی کیست که بخصوص در زندگی شهری امروز، دل نگرانی زن را نسبت به پاشیدگی کانون خانوادگی و سرنوشت فرزندان کمتر از مرد بداند؟

حقیقت این است که چون اختیار مطلق مرد در امر طلاق به عنوان یك حکم قرآنی و اسلامی مسلم و قطعی گرفته شده، ناگزیر باید به هر شکلی آن را توجیه و درستی آن را ثابت کرد. در حالی که اگر بتوان خارج از روند معمول اجتهاد سنتی، با عنایت به نحوه بیان آیات و حتی گاهی روایات و شأن نزول آنها و ملاحظات و ترتیباتی که در طی بحث به آنها پرداختیم به این نتیجه رسید که عنایت خاصی برقرار دادن حق ذاتی برای مرد، در طلاق وجود نداشته، می توان با دید بازتر و مصلحت بین تری به مسأله نگاه کرد و مقررات قانونی را

---

۱. الاحوال الشخصية، محمد ابوزهره، انتشارات دارالفکر العربی، سال ۱۹۶۷ میلادی، صص ۲۸۱ تا ۲۸۳.

به گونه‌ای تنظیم کرد که به واقع، رعایت نصفت و عدالت در مورد زن، همان گونه که مورد نظر قرآن است معمول گردد و خواست و تمایل و نیاز انسانی زن نیز همانند مرد، مورد توجه قرار گیرد.

به نظر می‌رسد، ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ تا حدودی با همین دیدگاه عمل کرده و مداخله دادگاه را در مورد تقاضای طلاق چه از جانب مرد و چه از جانب زن باشد، لازم دانسته است که اگر درست اجرا شود، می تواند نقش مهمی در ایجاد تعادل بین حق زن و مرد داشته باشد و با وجود آن به نظر می‌رسد باید حفظ ظاهر و بازی با الفاظ را کنار گذاشت و ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی را نیز اصلاح نمود؛ والله اعلم بحقایق الامور.*

---

*. این مقاله در شماره‌های ۲۰ و ۲۱ مجله نامه مفید، زمستان ۱۳۷۸ و بهار ۱۳۷۹ منتشر شده است.

اصلاح پانوشت صفحه ۱۳۹

اینك که چاپ دوم کتاب انتشار می‌یابد، متن مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح زیر درج می‌گردد:

قانون الحاق یك تبصره به ماده (۱۱۳۰) قانون مدنی

ماده واحده ـ یك تبصره به شرح ذیل به ماده (۱۱۳۰) قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ الحاق می‌گردد:

تبصره ـ عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد:

«۱ـ ترك زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یك سال بدون عذر موجه.

۲ـ اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترك آن در مدتی که به تشخیص پزشك برای ترك اعتیاد لازم بوده است.

در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترك، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.

۳ـ محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴ـ ضرب و شتم یا هرگونه سوءرفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

۵ـ ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترك را مختل نماید.

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.

قانون فوق مشتمل بر ماده واحده در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ سوم مهرماه یکهزار و سیصد و هفتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ با اصلاحاتی به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است.

رئیس مجلس شورای اسلامی ـ مهدی کروبی

مجازات زن به وسیله شوهر :
سیری در مبانی فقهی و حقوقی
ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

مقدمه

با پایان یافتن مهلت اجرای آزمایشی قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ کمیسیون قضایی و لزوم طرح مجدد و تصویب نهایی آن در مجلس، پس از مدتها تأخیر، سرانجام لایحه مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) از سوی دولت به مجلس تقدیم شد و مجلس پس از بررسی با تغییر عنوان آن به «تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده» آن را در دویست و سی و دو ماده و چهل و چهار تبصره در دوم خرداد ماه ۱۳۷۵ به تصویب نهایی رساند و شورای نگهبان نیز در ششم خردادماه همان سال آن را تأئید کرد و با امضاء و ابلاغ رئیس جمهوری به مرحله اجرا گذاشته شد؛ ولی از آنجا که تعزیرات نیز بخشی از مقررات کیفری است، به عنوان کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی تلقی و در دنباله قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، که مشتمل بر کلیات، حدود، قصاص و دیات بود، آورده شد و نخستین ماده آن با شماره ۴۹۸ یعنی پس از ماده ۴۹۷، که آخرین ماده قانون مجازات اسلامی است، آغاز گردید؛ در نتیجه مجموع قانون مجازات اسلامی در پنج کتاب و مشتمل بر ۷۲۹ ماده و ۱۴۷ تبصره می‌باشد؛ البته چهار کتاب اول قانون مجازات اسلامی یعنی از ماده ۱ تا ۴۹۷ مصوب کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی است که با پنج سال مدت اجرای آزمایشی آن موافقت شده و با توجه به تاریخ تصویب آن که هشتم مردادماه ۱۳۷۰ است. این مهلت به پایان رسید و لذا برای تصویب نهایی آن می‌بایست در خود مجلس طرح می‌گردید که با تقدیم لایحه دولت و درخواست تمدید آن، مجلس شورای اسلامی در

اسفندماه ۱۳۷۵ با تمدید اجرای آزمایشی آن به مدت ده سال دیگر موافقت کرد و شورای نگهبان نیز آن را تأیید نمود.

در حالی که قانون مجازات اسلامی بخصوص کتابهای حدود، قصاص و دیات، به طور مستقیم از فقه گرفته شده و تقریباً اکثریت قریب به اتفاق آن ترجمه‌ی مسائل تحریرالوسیله حضرت امام خمینی رضوان الله تعالی علیه به حساب می آید، بخش تعزیرات یا به لحاظ نداشتن سابقه فقهی موضوعات مطروحه در آن و یا به لحاظ ضرورتهای عملی و یافتن راه‌حلهای متناسب و آنچه به عنوان مقتضیات حکومتی نامیده می‌شود، عرفی تر به نظر می آید و گویا با نگاه بیشتری به قانون مجازات عمومی سابق تدوین شده است؛ این معنا را بویژه، می‌توان از مقررات مربوط به سرقت غیر جامع شرایط حد (ماده ۶۵۱ به بعد) و مجازاتهای مربوط به منازعه و ازدواجهای غیر قانونی و گرایش بیشتر به تعیین مجازات زندان و جریمه ملاحظه کرد؛ البته چون بحث اصلی این مقاله تجزیه و تحلیل کلی قانون تعزیرات نیست، این مطلب را بیشتر باز نمی کنیم؛ بحث ما پیرامون یکی از مواد این بخش از قانون مجازات است که هم سابقه عرفی دارد و هم ریشه فقهی؛ ماده‌ای که در قانون مجازات عمومی سابق (قبل از انقلاب) وجود داشته ولی در قانون حدود و قصاص مصوب بعد از انقلاب اسلامی و نیز در قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ بدان شکل، مشخصاً نیامده بود، در قانون تعزیرات فعلی مجدداً احیاء شده است؛ منظور ما، ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی فعلی است؛ از آنجا که این ماده در سابق هم بحث‌انگیز بوده، لذا در اینجا به بحث پیرامون مبانی فقهی و حقوقی و بخصوص فقهی آن می‌پردازیم.

مبحث اول: ماده ۶۳۰ و سابقه تاریخی آن

ماده ۶۳۰ مقرر می‌دارد:

«هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد، می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکرهٔ باشد

فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند؛ حکم ضرب و جرح نیز در این مورد مانند قتل است».

ماده مزبور در پی مواد ۶۲۵ به بعد قانون مجازات اسلامی که در مقام بیان معافیت قتل و ضرب و جرح ارتکابی در جهت دفاع مشروع از مجازات می‌باشد، بیان شده و می‌تواند نوعی اشاره به دفاع محسوب شدن این عمل از ناموس تلقی شود.

قانون مجازات عمومی مصوب دی ماه ۱۳۰۴، که تا سال ۱۳۶۱ اجرا می‌شد، در ماده ۱۷۹، این حکم را بدین گونه مقرر می‌داشت:

«هر گاه شوهری زن خود را با مرد اجنبی در یك فراش یا در حالی که به منزله وجود در یك فراش است مشاهده کند و مرتکب قتل یا جرح یا ضرب یکی از آنها یا هر دو شود، از مجازات معاف است.

هر گاه به طریق مزبور دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی ببیند و در حقیقت هم علاقه زوجیت بین آنها نباشد و مرتکب قتل شود، از یك تا شش ماه حبس جنحه‌ای محکوم خواهد شد و اگر در مورد قسمت اخیر این ماده، مرتکب جرح یا ضرب شود، به حبس جنحه‌ای از ۱۱ روز تا ۲ ماه محکوم می‌شود».

این ماده در قانون حدود و قصاص مصوب شهریور ماه ۱۳۶۱، حذف شده است و در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ نیز نشانی از آن یافت نمی‌شود؛ همچنین در قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ نیز مفاد این ماده وجود ندارد.

البته ماده ۲۲ قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ و ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، در رابطه با بیان شرایط قصاص، به گونه‌ای انشاء شده بود که با توجه به سابقه و مبانی فقهی، استنباط حکم ماده ۱۷۹ امکان‌پذیر می‌نمود؛ طبق مواد فوق‌الذکر: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد، قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند».

اینکه در چه صورتی مقتول شرعاً مستحق کشتن است و اگر کسی او را کشته و این استحقاق را ثابت کند، قصاص نمی‌شود در قانون تعیین نشده است؛ ولی با توجه به مآخذ فقهی ماده مزبور می‌توان گفت یکی از مواردی که شخص مقتول مستحق کشتن محسوب

می‌شود و قاتل او قصاص ندارد، وقتی است که به لحاظ ارتکاب زنا مستحق حد قتل باشد[1]؛ مثلاً مرتکب زنای محصنه یا زنای با عنف یا زنا با محارم شده باشد.

۱- حکم موضوع در قانون جزای فرانسه

مشابه حکم ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی سابق در ماده ۳۲۴ قانون مجازات فرانسه هم مقرر شده بود.

قانون مجازات فرانسه تحت عنوان جنایات و جنحه‌هایی که از مجازات معافند، مواردی را برشمرده و از جمله در ماده ۳۲۴ پس از آنکه می‌گوید علی الاصول قتل زن به وسیله شوهر یا قتل شوهر به وسیله زن از مجازات معاف نیست مگر اینکه زندگی مرتکب قتل در خطر افتاده باشد، مقرر می‌دارد: «معذالك در صورتی که مردی همسر خود را در خانه مشترك زوجیت در حال زنا (به گونه‌ای که در ماده ۳۳۶ پیش‌بینی شده) مشاهده کند و مرتکب قتل همسر خود و مرد اجنبی شود، از معافیت قانونی برخوردار خواهد بود».[2] (ماده ۳۳۶ که اینجا مورد اشاره قرار گرفته ناظر به این است که فقط شوهر می‌تواند

---

۱. در فقه یکی از شرایط قصاص مهدور الدم نبودن مقتول است و برای مهدورالدم مثالهایی آورده شده و مصادیقی ذکر شده که از جمله آنها (البته با اختلاف نظر) زناکاری است که حد او قتل است، مثلاً صاحب شرایع در مورد بیان شرط پنجم برای قصاص می‌گوید: «...ان یکون المقتول محقون الدم احترازا عن المرتد بالنظر الی المسلم فان المسلم لو قتله لم یثبت القود و كذاكل من اباح الشرع قتله» و صاحب **جواهر** می‌گوید: «... فلو قتل غیر معصوم الدم كالحربی و الزانی المحصن و المرتد و كل من اباح الشرع قتله فلا قصاص...» **جواهر الكلام**، ج ۴۲، ص ۱۲. یعنی شرط قصاص این است که مقتول خونش محفوظ و محترم باشد بنابراین اگر مسلمانی شخص مرتد را بکشد و یا هر کسی که شرع قتل او را مباح دانسته مثل کافر حربی و زناکار محصنه به قتل برساند قصاص نمی‌شود.
امام خمینی نیز در **تحریرالوسیله** می‌فرماید: الشرط السادس: ان یکون المقتول محقون الدم، فلو قتل من كان مهدور الدم كالساب للنبی (ص) فلیس علیه القود (قصاص) و كذا لا قود علی من قتله بحق كالقصاص و القتل دفاعا، و فی القود علی قتل من وجب قتله حداً كاللائط و الزانی و المرتد فطرة بعد التوبة تامل و اشكال (**تحریرالوسیله**، ج ۲، ص ۲۵۳). یعنی شرط در قصاص این است که مقتول خونش محترم باشد، پس اگر کسی، فردی را که مهدورالدم است مثل سبّ‌کننده پیامبر (ص) بکشد، قصاص نمی‌شود، همچنین اگر کسی را بکشد که مستحق قتل است مثل اینکه به عنوان قصاص، یا در مقام دفاع کسی را به قتل برساند، قصاص نمی‌شود ولی در مورد جواز قتل کسی که کشتن او به عنوان حد واجب است، مثل لواط کار یا زناکار یا مرتد فطری بعد از توبه جای تأمل و اشکال است.
۲. متن ماده ۳۲۴ قانون جزای فرانسه که پاراگراف دومش مورد استفاده ماست، بدین شرح است.

←

از زنای زن (همسر) شکایت کند آن هم به شرط آنکه خود در منزل مشترك رفیقه نیاورده و با زن دیگر رابطه برقرار نکرده باشد).

مطابق ماده ۳۲۶ قانون مجازات فرانسه چنین قتلی به یك تا پنج سال حبس تقلیل پیدا می کند؛ البته باید گفت که شق دوم ماده ۳۲۴ فوق‌الاشعار و نیز مواد ۳۳۶ و ۳۳۹ به موجب قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ نسخ شد؛ در قانون مجازات جدید فرانسه که با اصلاحات و تغییرات زیاد تصویب و در تاریخ اول مارس ۱۹۹۴ به اجرا گذاشته شد اثری از آن دیده نمی‌شود؛ به‌نظر می‌رسد در قانون مجازات جدید، زنا ولو زنای محصنه اگر توأم با عنف و یا فریب نباشد، اصولاً جرم محسوب نشده و مجازات ندارد؛ زنای زن شوهردار یا مرد زن‌دار، می تواند نقض جدی تکلیف و تعهد مربوط به ازدواج تلقی شده و موجب درخواست طلاق گردد.[۱]

→

Art. 324: Le meurtre commis par l'epoux surl'epouse, ou par celleei sur son epoux, n'est pas excusable, si la vie de l'epoux ou de l'epouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment meme oú le meurtire a eu lieu.

Neanmoins, dans le cas d'adultere. prevu par l'article 336, le Meurtre commis par l'epoux sur son epouse, ains que sur le complice, a l'instant ou il les surprend en flagrant Délit dans la maison conjugale, est excusable.

۱. طبق قانون مدنی فرانسه ماده ۲۲۹ (اصلاحی ژوئیه ۱۹۷۵) موارد صدور حکم طلاق عبارت است از: ۱ـ توافق طرفین ۲. ترك زندگی مشترك ۳ـ تقصیر یکی از طرفین. و منظور از تقصیر که می تواند موجب درخواست طلاق شود، طبق ماده ۲۴۲ عبارت است از اعمال ارتکابی یکی از طرفین که نقض تکالیف و تعهدات زوجیت محسوب و ادامه زندگی زناشویی را برای دیگری غیرقابل تحمل می‌سازد. بر اساس برخی از آرای دادگاههای فرانسه زنای یکی از زوجین در مواردی ممکن است نقض تکالیف زوجیت و غیرقابل تحمل شدن ادامه زندگی زناشویی محسوب و موجب صدور حکم طلاق گردد. رك.

Code Civil - Dalloz - 1995-1996 Pages: 202-210

در حالی که طبق مواد ۲۲۹ و ۲۳۰ قانون مدنی قبل از اصلاحیه ۱۹۷۵، زنای هر یك از زوجین از موارد درخواست طلاق از سوی طرف دیگر از دادگاه بود و در صورت ثبوت زنا و درخواست طلاق، قاضی مکلف بود حکم طلاق را صادر نماید.

Code Civil - Dalloz: 1974-75,

چاپ هفتاد و چهارم، ص ۱۳۳ـ۱۳۲

گویا رواج این فکر که زنا و اصولاً روابط نامشروع جنسی ممکن است صرفاً یك گناه (Sin) محسوب شود که صرفاً مسئولیت فرد را در برابر خدای خود در پی دارد و نه جرم (Crime) که جامعه و حکومت بتواند برای آن کیفر قرار دهد، در این روش قانون گذاری فرانسه مؤثر بوده است؛ اقدامات طرفداران حقوق زن نیز طبعاً در اصلاح مقررات جزایی مربوط به زنا و بخصوص حذف شق ۲ ماده ۳۲۴ نقش داشته است.

به هر حال، مسأله معاف بودن کشتن زن و مرد اجنبی که در حال زنا مشاهده شوند از سوی شوهر، غیر از قانون سابق جزای فرانسه در قوانین برخی کشورهای دیگر نیز وجود داشته و هم اکنون نیز کمابیش وجود دارد؛ مثلاً در قانون جزای کویت مجازات چنین عملی حداکثر ۳ سال زندان تعیین شده است.[۱] همین مضمون در ماده ۴۰۹ قانون مجازات عراق نیز دیده می‌شود.[۲] طبق ماده ۲۳۷ قانون مجازات مصر نیز مجازات قتل مزبور به مدت متناسبی حبس تقلیل پیدا می‌کند.[۳]

۲ـ ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی ایران و مبنای آن

به نظر می‌رسد ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی سابق از شق دوم ماده ۳۲۴ قانون جزای فرانسه اقتباس و با اصلاحات و اضافاتی تصویب شده است؛ هدف قانونگذار از تصویب این ماده تدوین و اجرای حکم کیفری فقهی و شرعی نبوده است و لذا اصطلاحات خاص فقهی را به کار نگرفته و حتی در مورد معاف بودن شوهر از مجازات، در صورت قتل زن، احراز تمکین زن را شرط ندانسته بلکه صرف مشاهده حالت «در یك فراش بودن زن با

---

۱. ماده ۱۵۳ قانون جزای کویت مصوب سال ۱۹۶۰: «من فاجأزوجته او فاجأبنته او امه او اخته حال تلبسها بمواقعه رجل لها و قتلها فی الحال او قتل من یزنی بها او یواقعها او قتلهما معا یعاقب بالحبس مدة لاتجاوز ثلاث سنوات و بغرامة لا تجاوز ثلاثة الاف روبیه او باحدی هاتین العقوبتین. مجموعه الجزء السادس: القوانین الجزائیه».

۲. به نقل مرحوم دکتر داود العطار، الدفاع الشرعی فی الشریعة الاسلامی، ص ۲۱۳.

۳. الموسوعة الجنائیه، جندی عبدالملك، بیروت، ۱۹۷۶، ج ۱، ص ۵۲۳، قانون العقوبات المصری، با آخرین اصلاحات، چاپ هفتم، قاهره ۱۹۶۶،، ماده ۲۳۷: «من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا و قتلها فی الحال هی و من یزنی بها، یعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقرره فی المواد ۲۳۴ و ۲۳۶» مجازات مقرر در مواد مزبور اعدام و حبس با اعمال شاقه در مورد قتلهای مختلف است.

مرد اجنبی» را کافی برای قابل مجازات نبودن اقدام به قتل از سوی شوهر دانسته است؛ بخصوص که قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ در آغاز تصریح می کند که هدف این قانون وضع قواعد عرفی برای حفظ نظام مملکت است و مقصود اجرای حدود و تعزیرات شرعی نیست.[۱]

در خصوص مبنا و فلسفه حکم ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی و نظیر آن در قانون جزای فرانسه و برخی کشورهای دیگر دو نظر وجود دارد:

برخی آن را از مصادیق دفاع مشروع می‌دانند و معتقدند چون عمل ارتکابی شوهر در مقام دفاع از عرض و ناموس است، از مجازات معاف می‌باشد؛ این معنا در جایی که زن ممتنع از عمل زنا باشد و مرد اجنبی به عنف و زور بخواهد با زن عمل نامشروع را انجام دهد و در آن حال شوهر برسد و برای دفع مرد اجنبی و حفظ عرض و ناموس ناگزیر مرتکب قتل اوشود، صادق و با تعریف دفاع مشروع منطبق می‌باشد؛ ولی دایره حکم ماده ۱۷۹ وسیع‌تر است و قتل مرد و حتی زن را در صورت تمکین و رضایت زن نیز مشمول معافیت می‌داند؛ البته برخی مفهوم دفاع مشروع را توسعه داده و شامل موردی که شخص به خاطر هتك حريم عرض و ناموسش اقدام به قتل می کند، می‌دانند؛ ولو اینکه هتك ناموس همراه با عمل مادی زور و اکراه نباشد.[۲] و بعضی هم با تقسیم دفاع مشروع به دفاع مشروع خاص و دفاع مشروع عام اقدام به این نوع قتل را از مصادیق دفاع مشروع عام که هدف آن دفع منکر وصیانت اخلاق و نظم و امنیت جامعه است، دانسته‌اند.[۳]

---

۱. ماده ۱ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴: «مجازاتهای مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرمهایی که موافق موازین اسلامی، تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر، در شرع مجازات می‌شوند.»

۲. ر.ك: **الدفاع الشرعی فی الشریعة الاسلامیة**، دکتر داود العطار، ص ۲۱۵

۳. ر.ك: **التشريع الجنائی الاسلامی**، عبدالقادر عودة، ج ۱، ص ۵۱۱

وی برای دفاع مشروع خاص موردی را مثال می‌زند که مردی هجوم می‌آورد و با زور قصد تصاحب زنی را دارد و مثال دفاع مشروع عام را موردی که مرد اجنبی با رضایت زن سراغ او می‌آید ذکر می‌کند، مقابله با این نوع اخیر را نیز دفاع مشروع به معنی عام و برای دفع منکر و صیانت اخلاق جامعه می‌داند:

«...فمثلاً اذا هجم رجل علی امراة یرید اغتصابها فانه یدفع عنها باعتباره صائلا فهنا دفاع شرعی خاص، اما اذا اتاها برضاها ففعلها یدفع باعتباره منکرا فهنا دفاع شرعی عام...»

به نظر عده‌ای مبنای ماده ۱۷۹ نه دفاع مشروع، بلکه تحریك و تهییج روحی مرتکب و در واقع خروج او از حالت عادی تفکر و تعقل و امکان تصمیم گیری صحیح به خاطر مواجه شدن با حالت مذکور در ماده است و همین حالت تهییج و تغییر وضعیت روحی است که او را از مجازات جرم ارتکابی معاف می‌نماید.[1] و به همین جهت ماده ۱۷۹ در ردیف مواد مربوط به دفاع مشروع ذکر نشده است. ماده ۳۲۴ قانون مجازات فرانسه هم در ردیف موادی آمده است که نمونه‌های دیگری هم از معافیت قتل و ضرب و جرحهایی ذکر شده که علت آن تهییج و تحریك مرتکب قلمداد می‌شود؛ مثلاً ماده ۳۲۱ می گوید: قتل و ضرب و جرح در صورتی که متعاقب ضرب و جرح شدید نسبت به شخصی باشد، از معافیت برخوردار است. یا طبق ماده ۳۲۵، جرم قطع آلت تناسلی اگر فوراً در پی اهانت شدید ناموسی صورت گیرد، از مجازات معاف است.[2]

البته در قانون مجازات عمومی سابق جز همین مورد ماده ۱۷۹، مشخصاً در جای دیگر جرایم ارتکابی در اثر تحریك و تهییج روحی، معاف شناخته نشده است، ولی به طور کلی این امر را می توان از کیفیات مخففه و موجب تخفیف مجازات دانست. بند ۳ ماده ۴۵ قانون مجازات عمومی سابق، اصلاحی سال ۱۳۵۲: «اوضاع و احوال خاصی که متهم تحت تأثیر آنهامرتکب جرم شده است، از قبیل رفتار و گفتار تحریك‌آمیز مجنی علیه یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم» را از موجبات تخفیف مجازات دانسته است. همین بند هم اکنون نیز به عنوان بند ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ معتبر است؛ ولی فقط در ارتباط با مجازاتهای تعزیری و بازدارنده و به جرایمی که مجازات قصاص و حد و دیه دارند، قابل تسری نیست.

---

۱. ر.ك: مقاله آقای دکتر علی اشرف صمدی تحت عنوان: ماده ۱۷۹ قانون مجازات ایران و مقایسه آن با شق ۲ از ماده ۳۲۴ قانون مجازات فرانسه،مندرج در مجله کانون وکلا، سال سیزدهم، شماره ۷۸، سال ۱۳۴۰

۲. البته منظور مواد ۳۲۱ و ۳۲۵ قانون مجازات سابق فرانسه است که بدین شرح بود:

Art. 321. Le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes.

Art, 325. Le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent a la pudeur, sera considéré. comme meurtre ou blessures excutables.

مبحث دوم: تحلیل ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

قانونگذار در ماده ۶۳۰ قتل مرد اجنبی را در حال ارتکاب زنا با زن شوهردار و همچنین قتل زن را در صورت تمکین به این عمل از سوی شوهر مجاز دانسته و به او اجازه داده که به قتل یا ضرب و جرح آنان اقدام نماید. در واقع می توان گفت از نظر قانونگذار، زن و مرد مرتکب این عمل نامشروع در این حالت مستحق و مستوجب قتل اند و شوهر می تواند خود تصمیم به قتل گرفته و آن را اجرا نماید و طبعاً چون عمل او مجاز بوده، مجازاتی نیز در پی نخواهد داشت.

شرط مجاز بودن این قتل این است که اولاً: مرد، زن خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند؛ بنابراین اگر مردی شاهد زنای زن دیگری ولو خواهر، دختر یا مادر خود با مرد اجنبی باشد، مجاز به قتل و حتی ضرب و جرح نیست و در صورت ارتکاب، قصاص خواهد شد؛ طبق ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی سابق، اگر کسی دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی در یك فراش ببیند و مرتکب قتل شود، از یك تا شش ماه حبس محکوم خواهد شد؛ یعنی در واقع از تخفیف فوق‌العاده‌ای برخوردار است.

ثانیاً: باید در حال زنا ببیند؛ یعنی عمل زنا باید محقق باشد تا قتل مجاز محسوب گردد. و طبیعتاً برای اینکه قاتل از مجازات معاف باشد، باید بتواند وقوع عمل زنا را ثابت کند؛ یعنی از لحاظ ماهوی و تکلیف فردی همین که شوهر زن و مرد را در حال زنا مشاهده کرد و به انجام عمل زنا مطمئن شد می تواند به قتل اقدام نماید؛ ولی برای اینکه دادگاه عمل ارتکابی او را مجاز اعلام نموده و از مجازات معافش نماید، باید زنا را ثابت کند که با توجه به منتفی بودن اقرار به لحاظ کشته شدن زانی یا زانیه یا بوسیله شهادت چهار مرد عادل یا سه مرد عال و دو زن عادل که شاهد زنا بودند، طبق ماده ۷۴ قانون مجازات اسلامی یا طبق ماده ۱۰۵ قانون مزبور با علم قاضی ثابت می‌شود و به هر حال، بدون ثبوت زنا قتل، مجاز نیست و بدون اثبات آن در دادگاه، مرتکب از مجازات معاف نخواهد بود؛

ثالثاً: قتل باید در حین مشاهده عمل زنا صورت گیرد، پس اگر مردی از طریق دیگر اطمینان حاصل نماید که زنش با مرد اجنبی ارتباط نامشروع برقرار کرده، به استناد این ماده

نمی تواند مرد یا زن را به قتل برساند و از مجازات معاف باشد، مگر اینکه بتوان مورد را از مصادیق ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی دانست؛

رابعاً: برای جواز قتل و معافیت از مجازات فرقی بین زنای محصنه و غیر محصنه نیست؛ یعنی اگر زنا، حتی زنای محصنه هم، که مجازات آن رجم است، محسوب نگردد، مثلاً مرد اجنبی فاقد زن باشد و یا شرایط لازم برای احصان نسبت به زن (هر چند شوهر دار است) جمع نباشد باز هم بنا به اطلاق ماده ۶۳۰، ارتکاب قتل جایز و موجب معافیت از مجازات است؛

خامساً: با توجه به اطلاق ماده ۶۳۰ و معلوم نبودن اینکه مبنا و فلسفه ماده مزبور، چنان که بعداً به آن خواهیم پرداخت، عصبانیت و تهییج و تحریك ناگهانی حاصل از مشاهده این وضع باشد، فرق نمی کند که شوهر به طور ناگهانی و اتفاقی با منظره ارتباط نامشروع زن خود با مرد اجنبی مواجه شود یا با توجه به اینکه قبلاً از رابطه زن اطلاع داشته و یا مشکوك بوده با سبق تصمیم و حتی تمهید و طرح نقشه قبلی و آماده کردن زمینه برای پی بردن به موضوع زن را با مرد اجنبی ببیند و به قتل اقدام نماید، در هر حال از مجازات معاف است؛ اگر به موجب ماده ۱۹۷ قانون مجازات عمومی با توجه به فلسفه وضع آن، نتوان این قتل را مجاز و معاف دانست، چنانکه برخی از حقوقدانان گفته‌اند[1]، طبق ماده ۶۳۰، همان طور که گفته شد، در هر حال قتل مجاز و موجب معافیت از مجازات است.

۱ـ سابقه فقهی حکم موضوع ماده ٦٣٠

مفاد حکم ماده ۶۳۰ در بسیاری از کتب فقهی دیده می‌شود و بیشتر فقهاء مطابق این حکم فتوا داده‌اند؛ هر چند بعضی از آنها در مبنای آن بحث و تردید نموده‌اند؛ شیخ طوسی

۱. ر.ك: مقاله آقای دکتر صمدی، مجله کانون وکلا، پیشین: وی می گوید: «...مثلاً شوهری که از رابطه نامشروع زن خود با مرد اجنبی اطلاع حاصل نموده با طرح و نقشه قبلی وضع را طوری آماده نماید که زن خود را با مرد اجنبی در يك فراش یا در حالتی که به منزله وجود در يك فراش است مشاهده نماید، و سپس با اسلحه‌ای که قبلاً برای این کار آماده نموده است، آنها را به قتل برساند، بدیهی است از معافیت مقرره در ماده ۱۷۹ استفاده نخواهد برد؛ زیرا در اینجا باز به فلسفه معافیت مذکور برخورد می کنیم که صرفاً برای حالت عصبانیتی است که دفعة واحده به مرد دست می‌دهد که این حالت مخصوص در بزههایی که با سبق تصمیم انجام می‌شود، مصداق پیدا نمی کند...»

در مبسوط در کتاب الدفع عن النفس و در واقع به دنبال فروع مربوط به دفاع مشروع، این مسأله را مطرح کرده و می گوید: هر گاه شخصی مردی را در حال زنا با زن خود دید، در حالی که هر دو محصن بودند می تواند آن دو را به قتل برساند. [۱]

محقق حلی در کتاب معتبر و معروف فقهی شرایع در مسأله هفتم از مسائل دهگانه ملحق به باب زنا، حکم مزبور را به این عبارت بیان کرده است: «هر گاه شخصی، مردی را در حال زنا باهمسر خود ببیند می تواند هر دو را به قتل برساند و گناهی بر او نیست؛ ولی از لحاظ حکم ظاهری باید قصاص شود مگر اینکه بر ادعای خود (مشاهده زنا) بینه داشته باشد یا ولی دم حرف او را تصدیق کند.» [۲]

پس از محقق حلی، بسیاری از فقیهان همین حکم و اغلب همین عبارت را ذکر کرده‌اند که از جمله آنان می توان به علامه حلی در کتاب قواعد [۳]، شهید اول در کتاب دروس [۴]، شهید اول و ثانی در کتاب لمعه و شرح لمعه [۵]، فاضل هندی در کشف اللثام [۶]، صاحب جواهر در کتاب جواهر الکلام [۷] و امام خمینی «قدس سره» در تحریرالوسیله [۸] اشاره نمود.

---

۱. المبسوط فی فقه الامامیه، شیخ الطایفه ابی جعفر محمد بن الحسن الطوسی، ج ۸، ص ۷۶: «اذا وجد الرجل مع امرأته رجلا یفجر بها و هما محصنان کان له قتلهما و کذلك اذا وجده مع جاریته او غلامه و ان وجده ینال منها دون الفرج کان له منعه و دفعه عنها، فان ابی الدفع علیه فهو هدر فیما بینه و بین الله تعالی».

در ج ۷، ص ۴۸ نیز در باب امکان قتل زانی محصن به وسیله غیر امام همین مسأله جواز قتل مرد زناکار را به وسیله شوهر زن مطرح می نماید و در آنجا به برخی از روایات که در صفحات آتی آنها را نقل خواهیم کرد، اشاره می کند.

۲. السابعه: «اذا وجد مع زوجته رجلا یزنی فله قتلهما و لا اثم علیه وفی الظاهر، علیه القود، الا ان یأتی علی دعواه ببینة، او یصدقه الولی». شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام، با تعلیقات سید صادق شیرازی، انتشارات استقلال، تهران، ج ۴-۳، ص ۹۴۰.

۳. متن قواعد در کتاب ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۴، ص ۴۹۰.

۴. کتاب الدروس، چاپ قم، انتشارات صادقی، ص ۱۶۵.

۵. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج۹، ص ۱۲۰

۶. کشف اللثام، از انتشارات کتابخانه آیت‌الله نجفی، قم، ج ۲، ص ۴۰۶

۷. جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۳۶۸.

۸. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۹۱، عبارت امام در تحریر الوسیله در کتاب دفاع مسأله ۲۸ که علی القاعده مأخذ ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی است بدین شرح است: «لو وجد مع زوجته رجلا یزنی بها و علم بمطاوعتها له فله قتلهما، و لا

←

به هر حال می توان گفت مبنای حکم ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی قول مشهور فقهاست که به تبع محقق حلی و تا حدی شیخ طوسی، بدین طریق فتوا داده‌اند. شهید ثانی در شرح **لمعه** پس از نقل کلام شهید اول، می گوید: این حکم قول مشهور فقهای ماست و من مخالفی در این موضوع سراغ ندارم. (هذا هو المشهور بین الاصحاب لا نعلم فیه مخالفا) فقهای متأخر (عمدتاً از صاحب جواهر به بعد) قید عالم بودن شوهر به تمکین زن (علم به مطاوعت زن) را برای جواز قتل وی در عبارت خود آورده‌اند.[1]

از فقهای معاصر مرحوم آیت الله خویی نظر مخالف داشته و پس از ذکر قول مشهور می گویند: قول مشهور خالی از اشکال نیست بلکه ممنوع است؛ (المشهور علی ان من رای زوجته یزنی بها رجل و هیَ مطاوعة، جاز له قتلهما، و هو لا یخلو عن اشکال بل منع)[2]

۲ـ حکم موضوع از نظر فقهای اهل سنت

این مسأله در بین فقهای اهل سنت نیز مطرح و نظریات در مورد آن مختلف است، ولی نظر اکثر بر این است که اگر شوهر مردی را در حال زنا با همسر خود ببیند و او را به قتل برساند و بتواند زنای محصنه را ثابت کند از قصاص معاف است و گرنه قصاص می شود و برخی هم معتقدند اگر در حال زنا مشاهده کند و به قتل برساند خواه زنا محصنه باشد یا غیر محصنه، قاتل از قصاص معاف است.[3]

→
اثم علیه و لا قود، من غیر فرق بین کونهما محصنین او لا، و کون الزوجة دائمة او منقطعة و لا بین کونها مدخولا بها او لا.»
ایشان در مسأله ۲۹ در رابطه با اینکه سقوط حکم قصاص منوط به این است که قاتل بتواند با شهود، ادعای خود را ثابت کند. می فرمایند: «فی الموارد التی جاز الضرب و الجرح و القتل انما یجوز بینه و بین الله، و لیس علیه شیئی واقعا، لکن فی الظاهر یحکم القاضی علی میزان القضاء فلو قتل رجلا و ادعی انه راه مع امرأته و لم یکن له شهود علی طبق ما قرره الشارع یحکم علیه بالقصاص و کذا فی الاشیاء و النظائر».

۱. «لو وجد مع زوجته رجلا یزنی بها و علم بمطاوعتها له فله قتلهما،»... **جواهر الکلام**، پیشین و **تحریر الوسیله** پیشین.

۲. **مبانی تکملة المنهاج**، ج ۲، ص ۸۴، مسأله ۸۹.

۳. ر.ك: عبدالرحمان الجزیری، **الفقه علی المذاهب الاربعة**، ج ۵، ص ۶۵، قول حنابله و مالکیة: «ان اتی بشاهدین علی انه قتله بسبب الزنا و کان المقتول محصنا فلا شیئی علیه.» همچنین **المغنی**، ابن قدامه، ج ۷، ص ۶۴۹، **التشریع الجنائی**، عبدالقادر عوده، ج ۱، ص ۵۴۰.

مبحث سوم: مبنای فتوای فقهاء

اکنون به بررسی اجمالی مبنا و مستند این حکم فقهی و فتوای فقهاء می‌پردازیم تا روشن شود تاچه حد فتوای جواز قتل از مستندات معتبر فقهی برخوردار است؛ از دو جهت می‌توان به مبنای این حکم نگاه کرد: یکی از جهت مصلحت و حکمت و دیگری از زاویه مستندات نقلی و روایی حکم.

الف- حکمت و فلسفه حکم

حکمت و فلسفه حکم جواز قتل و معاف بودن شوهر قاتل از مجازات را می توان یکی از سه امر: تهییج و تحریك روحی و عصبانیت شدید ناشی از مشاهده آن حالت شنیع و در نتیجه از دست دادن عنان اختیار یا دفاع از عرض و ناموس و یا اجرا و اقامه حد الهی دانست.

در کلمات هیچیك از فقهاء، حداقل به طور صریح، عصبانیت و بر آشفتگی روحی شوهر، مجوز قتل و یا عذر معاف بودن او از مجازات شناخته نشده است؛ اما در مورد دو شق اخیر بیان فقهاء مضطرب است؛ برخی آن را در باب دفاع آورده و خواسته‌اند به آن حالت دفاع مشروع در مقابل تجاوز به عرض و ناموس بدهند و احیاناً این عمل را از مصادیق نهی از منکر و طریقه عملی بازداشتن از عمل نامشروع زنا دانسته‌اند؛ چنانکه امام خمینی (قدس سره) این مسأله را در آخر مبحث امر به معروف و نهی از منکر و در باب دفاع مطرح نموده‌اند. و شیخ طوسی، چنانکه گفته شد، آن را در کتاب **الدفع عن النفس** آورده است. جمعی دیگر این حکم را درملحقات احکام مربوط به حد زنا ذکر کرده و عمل شوهر را به عنوان اجرای حد و حکم الهی تلقی و او را در این کار مجاز دانسته‌اند؛ هر چند علی‌الاصول اجرای حد پس از ثبوت آن نزد حاکم شرع و به وسیله او باید صورت گیرد ولی این مورد را به صورت استثناء و حکم خلاف اصل به وسیله شوهر مجاز دانستند؛ چنانکه گفتیم محقق حلی در **شرایع** و شهیدین در **لمعه** و **شرح لمعه**، بر این منوال طی طریق کرده‌اند. شهید ثانی در **شرح لمعه** حکم این مساله را بدین گونه بیان می کند:

«اگر شوهر، مردی را در حال زنا با همسر خود دید می تواند بین خود و خدا هر دو را به قتل برساند و بدین جهت گناهی بر او نیست هر چند اجرای حد در غیر این مورد منوط به اذن حاکم است. این ترتیب قول مشهور بین اصحاب است و ما مخالفی در این حکم سراغ نداریم و روایت هم بر این حکم وجود دارد. و ظاهراً فرقی بین دائمی بودن نکاح یا منقطع بودن آن نیست؛ همچنین فرق نمی کند که زن مدخوله باشد یا غیر مدخوله، آزاد باشد یا کنیز. و نیز فرقی نمی کند که زنا، زنای محصنه باشد یا غیر محصنه؛ زیرا اذن و اجازه‌ای که در این مورد برای قتل وارد شده عام است و شامل همه این موارد می گردد. و ظاهر این است که مشاهده حالت زنا شرط است همان گونه که در غیر این مورد نیز برای اثبات زنا مشاهده حالت مواقعه شرط می‌باشد. و حکم جواز قتل مخصوص به زوج است و به دیگران سرایت نمی کند هر چند با مرد قرابت داشته باشند (یعنی مرد نمی تواند اگر کسی را با خواهر یا مادر یا دختر خود در حال زنا دید آنان را به قتل برساند.)؛ زیرا در حکم خلاف اصل باید بر مورد یقین و متفق علیه اکتفا کرد. و این حکم یعنی جواز قتل، به حسب واقع، چنان است که گفته شد ولی در ظاهر، شوهری که مرتکب قتل شده، اگر به قتل اقرار کند یا شهود بر عمل او شهادت دهند، باید قصاص شود؛ مگر اینکه بر ادعای خود مبنی بر مشاهده زنای همسرش بینه داشته باشد یا ولی دم مقتول بر این امر اعتراف و سخن او را تصدیق کند؛ زیرا اصل این است که مقتول، مستحق قتل نبوده و عملی که مورد ادعای شوهر است، واقع نشده است».[1]

شهید اول در دروس این موضوع را در کتاب الحسبة و در بحث از امر به معروف و نهی از منکر و اینکه چه کسانی مجاز به اقامه و اجرای حد هستند ذکر کرده است؛ وی در آنجا به نحو صریح تری انجام این عمل را اقامه حد الهی از سوی شوهر می‌داند و به نظر او شوهر برای انجام این کار مجاز است؛ همان گونه که صاحب برده می تواند بر برده خود حد الهی را اجرا کند؛ طبق گفتار شهید اول در دروس، شوهر حتی می تواند بر زن خود حد رجم و تازیانه را نیز اجرا کند و لازمه گفتار او این است که اگر بعد از انجام عمل زنا نیز شوهر مطلع شده و برایش ثابت شود، حداقل می تواند در مورد زن حسب المورد حد رجم یا شلاق

۱. شرح لمعه، پیشین، ص ۱۲۱.

را اجرا کند. کلام شهید اول در دروس چنین است: «یجوز للمولی اقامة الحد علی رقیقه... و للزوج علی الزوجة... و لافرق بین الجلد و الرجم لما روی انه لو وجد رجلا یزنی بامرأته فله قتلهما...»[۱]

بیان شهید ثانی در مسالک در توجیه جواز قتل

با اینکه کلام شهید را در شرح لمعه نقل کردیم خالی از فایده نیست که سخن وی را در مسالك (در شرح کلام محقق) بیان کنیم؛ چون از این بیان و توجیه نسبتاً مفصل شهید تا حدی می‌توان به تردید و اضطراب کلام فقهاء برای توجیه جواز چنین قتلی پی برد؛ همین احساس به هنگام ملاحظه توجیه و استدلال صاحب جواهر[۲] نیز در شرح کلام محقق به انسان دست می‌دهد که برای پرهیز از اطاله کلام از نقل سخن صاحب جواهر خودداری نموده و به بیان شهید در مسالك، که صاحب جواهر نیز تا حد زیادی از ایشان اقتباس کرده است، بسنده می کنیم.

به هر حال شهید ثانی در مسالك مطلب را این گونه بیان و توجیه می‌نماید:

«هر گاه انسان از وجود دو زناکار مطلع شود ولی از مقاماتی که حق اقامه حدود را دارند نباشد، نمی‌تواند خودش اقدام به اجرای حد نماید؛ ولی در خصوص موردی که شوهر علم به زنای همسرش با مرد اجنبی پیدا می کند رخصت و جواز قتل آن دو وارد شده است؛ خواه عمل زنا موجب رجم باشد یا تازیانه، خواه زانی و زانیه غیر محصن باشند یا محصن... چون عموم حکم جواز قتل همه این موارد را شامل می‌شود. ولی این رخصت و جواز قتل مربوط به واقع و نفس الامر است؛ اما در ظاهر اگر شوهر چنین ادعایی علیه همسرش کرد از او پذیرفته نمی‌شود و به خاطر قذف (نسبت دادن زنا) بدون داشتن بینه حد می خورد و با این وصف اگر مرد و زن یا یکی از آنها را به قتل رساند قصاص می‌شود اگر نتواند بر اثبات امری که مجوز قتل است بینه اقامه کند و ولی دم هم او را تصدیق ننماید. حال اگر شوهر در واقع چنین قتلی را مرتکب شد و بینه‌ای نداشت وسیله و طریق خلاصی‌اش این است که قتل را انکار کند به حسب ظاهر و اگر

---

۱. کتاب الدروس، همان.

۲. ر.ك: جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۳۷۰ـ۳۶۸.

کسی مدعی قاتل بودن او شد، بر انکار خود قسم بخورد و به گونه‌ای که او را از حالت دروغ گفتن خارج سازد توریه نماید؛ زیرا وی در واقع و نفس الامر محق است و در ظاهر تحت تعقیب و مؤاخذه قرار دارد...

سپس می گوید:

«... لازمه گفته محقق که در ظاهر، شوهر قصاص می‌شود، مگر اینکه بر وقوع زنا بینه بیاورد یا ولی دم او را تصدیق کند این است که اگر بر وقوع زنا شاهد آورد قصاص نمی‌شود و این امر، شامل زنای موجب رجم و زنایی که فقط موجب جلد است می‌شود و حکم به جواز قتل در مورد دوم مشکل است؛ زیرا مقتضی قتل وجود ندارد و رخصت و جواز قتل مربوط به جایی است که در نفس الامر و واقع حکم قتل موجود باشد ولی در ظاهر محرز نباشد؛ مگر اینکه گفته شود برای شوهر به طور مطلق، قتل زن و مرد زناکار، مجاز دانسته شده و آنچه مهم است ثبوت اصل عمل زنا می‌باشد...»

و سرانجام می گوید:

«این امر، متوقف بر این است که نص و روایت محققاً این معنا را برساند.»[1]

ملاحظه می‌شود فقیهی چون شهید ثانی با چه دشواری، خواسته است این حکمی را که حداقل، اطلاق و عمومش از ابداعات محقق حلی به شمار می‌رود، توجیه کند و پیداست که خود او از این استدلال و توجیه رضایت خاطر پیدا نکرده است.

باری، همان طور که در صدر مقاله هم اشاره شد، برخی از فقها نیز این موضوع را (جواز قتل مرد و زن زناکار به وسیله شوهر یا معاف بودن او از مجازات را) در باب قصاص ذکر کرده‌اند؛ بدین صورت که گفته‌اند: یکی از شرایط قصاص قاتل، محقون الدم بودن مقتول است؛ بنابراین اگر شخصی کسی را بکشد که مهدور الدم است و حفظ جان او محترم نیست، قصاص نمی‌شود.

مثلاً صاحب جواهر در این باب می گوید: «اگر کسی شخصی را که خونش محترم نیست مانند کافر حربی، زناکار محصن و مرتد و هر کس که شرع قتل او را مجاز و مباح

---

۱. مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ قم، مکتبه بصیرتی، ج ۲، ص ۴۳۲.

دانسته، بکشد، قصاص نمی‌شود هر چند در برخی موارد ممکن است به لحاظ اینکه حق مباشرت در اجرای حد را نداشته است گناهکار باشد.»[۱]

این مضمون در اکثر کتب فقهی ذکر شده است؛ مرحوم آیت‌الله خویی مسأله قتل زن و مرد زناکار بوسیله شوهر زن را ذیل همین مبحث مطرح کرده است؛ البته ایشان از معدود فقهایی است که ارتکاب قتل را از سوی شوهر مجاز ندانسته یا حداقل مورد اشکال قرار داده است؛ (قبلاً به آن اشاره کردیم و بعد نیز نظر ایشان را مورد بررسی قرار خواهیم داد).

ب- مستندات روایی

مشهور فقهاء برای نظر خود دایر به جواز ارتکاب قتل از سوی شوهر به روایاتی استناد کرده‌اند که جز يك روایت که منطوقش بر این حکم دلالت دارد، در مورد بقیه روایات به مفهوم‌مشان استناد شده است؛ ذیلاً تمام روایات وارده در این باب را نقل کرده و به ارزیابی آنها می‌پردازیم.

۱. «روی انه لو وجد رجلا یزنی بامراته فله قتلهما... یعنی روایت شده است که اگر شخصی مردی را در حال زنا با زنش دید، می‌تواند هر دو را به قتل برساند».

این روایت به همین صورت مرسله و بدون ذکر راوی و معصومی که از او روایت شده، برای نخستین بار در کتاب دروس شهید اول نقل شده است؛ قبل از شهید اول منبع و مأخذ نقل این روایت دیده نشده است و همه کسانی که این روایت را بعد از شهید اول نقل کردند، مأخذشان کتاب دروس است؛ صاحب وسایل الشیعه، این روایت را در باب ۴۵ از ابواب حد زنا نقل کرده و مأخذ خود را کتاب دروس شهید قرار داده است. تنها دلیل نقلی و روایی که به طور صریح و مطلق قتل زن و مرد زناکار را به وسیله شوهر مجاز دانسته، همین روایت مرسله است؛ اما معلوم نیست واقعاً روایتی به این بیان و الفاظ وجود داشته که شهید اول بر آن مطلع بوده و نقل کرده و یا شهید این معنا را از روایات مختلف وارده در این

۱. جواهرالکلام، ج ۴۲، ص ۱۲ و نیز ص ۱۹۰.

باب اصطیاد کرده و معنای مستنبط خود را از روایات مختلف بیان کرده است. به هر صورت، استناد و اعتماد به چنین روایتی که راوی و مروی عنه آن معلوم نیست برای بیان جواز قتل، مشکل است و منطقی به نظر نمی‌رسد.[۱]

۲. روایت سعید بن المسیب بدین مضمون که معاویه به ابوموسی اشعری نوشت که شخصی در شام، مردی را در حال زنا با زن خود دیده و او را به قتل رسانده، حکم این موضوع را از علی (ع) بپرس و به من بگو. ابوموسی اشعری می گوید: من علی را دیدم و موضوع را سؤال کردم، علی (ع) فرمود: «اگر قاتل چهار شاهد بر گفته خود نیاورد باید او را کشت».[۲] این روایت که هم شیعه و هم سنی[۳] آن را نقل کرده‌اند و می تواند مهمترین دلیل روایی در این باب باشد، از مفهومش این معنا مستفاد است که اگر شوهری مردی را که با زنش در حال زناست به قتل رساند و بر ادعای خود و اثبات زنا چهار شاهد داشت، عملش مجاز بوده و قصاص نخواهد شد.

در عین حال، چنان که پیداست این روایت صریحاً بر جواز قتل از سوی شوهر دلالتی ندارد و حکم جواز قتل را نمی‌توان بر مبنای آن صادر کرد، نهایت امر این است که اگر مردی مرتکب قتل شده و بتواند باآوردن چهار شاهد وقوع زنا را ثابت کند، طبق مفهوم این روایت از مجازات معاف خواهد بود. در عین حال مورد این روایت بنا به نقل مشهور فقط قتل مرد زانی است و راجع به قتل زن ساکت است؛ احتمال اینکه در این قضیه خاص که مورد سؤال واقع شده عمل مرد زانی، عنوان تجاوز به زن به عنف یا ورود غیرمجاز به منزل و انجام عمل منافی عفت داشته باشد و زنا هم زنای محصنه باشد، وجود

---

۱. آیت الله منتظری نیز پس از نقل این روایت می گویند: «هذه روایة مرسلة لم یتعرض لها فی کتب الاصحاب قبل الشهید فالاعتماد علیها فی الحکم المخالف للاصل مشکل...» کتاب الحدود، ج ۱، از انتشارات دار الفکر قم، ص ۱۳۴.

۲. وسایل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۰۲، حدیث ۲ از باب ۶۹ از ابواب قصاص:
«عن سعیدبن المسیب ان معاویة کتب الی ابی موسی الاشعری: ان ابن ابی الجسرین وجد رجلا مع امرأته فقتله فاسأل لی علیا عن هذا، قال ابوموسی: فلقیت علیا(ع) فسألته ـ الی ان قال: فقال: انا ابوالحسن ان جاء باربعة یشهدون علی ماشهد والا دفع برمتة.»

۳. المغنی، ابن قدامه، ج ۷، ص ۶۴۹، عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۵، ص ۶۶، در نقل جزیری موضوع سؤال قتل مرد و زن هر دو است (... ان رجلا بالشام وجد مع امرأته رجلا فقتله و قتلها...) در حالی که در نقل‌های دیگر، فقط قتل مرد زانی مطرح است.

دارد. به علاوه مرحوم آیت‌الله خویی روایت را از نظر سند ضعیف و غیر قابل اعتبار می داند.

۳. روایت دیگری که به طرق شیعه و سنی و با عبارات و تعبیرات مختلف نقل شده است، مربوط به سعد بن عباده یکی از اصحاب پیامبر اکرم (ص) است، یکی از نقل‌ها بدین گونه است که ظاهراً بعد از نزول آیه ۴ سوره نور که هر کس نسبت زنا به زنی داد و چهار شاهد بر گفته خود نداشت باید ۸۰ تازیانه به عنوان حد قذف بر او جاری شود (**والذین یرمون المحصنات ثم لم یاتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة و لاتقبلوا لهم شهادة ابداًو اولئك هم الفاسقون**) در بین اصحاب پیامبر (ص) در خصوص این موضوع بحث بود، از جمله اینکه اگر کسی مردی را با زن خود در حال زنا ببیند با توجه به حکم این آیه چه باید بکند، از سعد پرسیدند اگر با این منظره مواجه شدی چه خواهی کرد؟ سعد گفته است گردن مرد را با شمشیر می‌زنم، این گفتگو به گوش پیامبر اکرم(ص) رسید، پیامبر از سعد پرسید چه گفتی؟ سعد گفتهٔ خود را مبنی بر اینکه گردن زانی را می‌زنم تکرار کرد؛ پیامبر اکرم(ص) فرمود: پس مسأله چهار شاهد که خداوند فرموده است چه می‌شود؟ سعد می گوید آیا با مشاهده من و علم خداوند بر وقوع این عمل باز هم چهار شاهد لازم است؟ که پیامبر فرمودند: بلی ای سعد با وجود مشاهدهٔ تو و علم خداوند چهار شاهد لازم است؛ زیرا خداوند برای هر چیزی حدی قرارداده و برای کسی که از آن حد تجاوز کند نیز حدی قرار داده است. و خداوند خواسته است موردی که چهار شاهد بر وقوع آن وجود ندارد بر مسلمانان مستور و پوشیده بماند.[۱]

استدلال به این روایت برای جواز قتل، این است که مفهوم فرموده

---

۱. وسایل الشیعة، پیشین، ص۱۰۱، حدیث ۱ از باب ۶۹ از ابواب قصاص:

قال ابوعبدالله(ع): «ان ناسامن اصحاب رسول‌الله(ص) کان فیهم سعدبن عبادة فقالوا: یا سعد ما تقول لو ذهبت الی منزلك فوجدت فیه رجلا علی بطن امرأتك ماکنت صانعا به؟ فقال سعد: کنت والله اضرب رقبته بالسیف، قال فخرج رسول‌الله(ص) و هم فی هذا الکلام فقال: یا سعد من هذا الذی قلت: اضرب عنقه بالسیف؟ فاخبره الذی قالوا و ما قال سعد، فقال رسول‌الله(ص) یا سعد فاین الشهود الاربعة الذین قال‌الله عزوجل؟ فقال سعد: بعد رأی عینی وعلم الله انه قد فعل؟ فقال رسول‌الله ای والله یا سعد، بعد رأی عینك وعلم الله، ان‌الله قد جعل لکل شیئی حدا و جعل علی من تعدی حدودالله حدا و جعل مادون الشهود الاربعة مستورا علی المسلمین.»

پیامبر اکرم(ص) در اعتراض به گفته سعد بن عباده که پس لزوم حضور چهار شاهد چه می‌شود، این است که اگر بتواند چهار شاهد پیدا کند، مجاز است به قتل اقدام نماید و در صورت ارتکاب قتل مجازات نخواهد داشت؛ در حقیقت، استناد به مفهوم این حدیث برای اثبات جواز قتل بسیار دشوار است، چه اینکه روایت در مقام بازداشتن شوهر از قتل به صرف مشاهده عمل زناست، روایت مشعر بر این است که حتی در صورت مشاهده زنای مرد اجنبی با زن، شوهر او نمی‌تواند خود به قتل اقدام کند بلکه باید با داشتن چهار شاهد زنا را اثبات کند و طبعاً استماع شهادتِ شهود و اثبات زنا و اجرای حکم متناسب با زنای اثبات شده به عهده حاکم شرع و دادگاه است. مؤید این معنا روایتی است که صاحب وسائل الشیعة در همین باب از امام‌صادق(ع) نقل می کند که امام فرمود: «از من پرسیدند در مورد مردی که وارد خانه دیگری می‌شد، صاحب خانه موضوع را با حاکم در میان گذاشت و حاکم به او گفت اگر باز مرتکب این عمل شد او را به قتل برسان، وصاحب خانه آن مرد را به قتل رساند نظر شما چیست؟ امام می‌فرماید: من گفتم نظرم این است که نباید او را بکشد؛ زیرا اگر چنین امری جا بیفتد هر کس با هر فردی که دشمن است او را به قتل می‌رساند و می گوید چون داخل خانه من شده بود او را کشتم».[1] اگر این روایت صحیح باشد مقتضای آن این است که در صورت وقوع جرمی نظیر ورود مرد اجنبی به خانه شخصی و ارتکاب عمل زنا باید موضوع در دادگاه مطرح شود و اگر ثابت شد، مرتکب به مجازات قانونی خود از سوی دادگاه محکوم شود؛ طبعاً مواردی که دفاع مشروع صدق می کند حکم خاص خود را دارد.

۴. روایت منقوله از امام کاظم (ع) که از ایشان پرسیدند مردی برای دزدی یا زنا (فجور) وارد خانه کسی می‌شود و صاحبخانه او را به قتل می‌رساند، آیا قاتل مجازات می‌شود یا خیر؟ امام (ع) فرمود: بدان هر کس وارد خانه دیگری شد خون اوهدر است و بر قاتل او

---

۱. وسایل الشیعة، پیشین، ص۱۰۳، حدیث ۳: «عن داود بن فرقد عن ابی عبدالله(ع) قال: سألنی داودبن علی عن رجل کان یأتی بیت رجل فنهی ان یأتی بیته فابی ان یفعل، فذهب الی السلطان فقال السلطان: ان فعل فاقتله قال: فقتله فما تری فیه؟ فقلت: رأی ان لایقتله انه ان استقام هذا ثم شاء ان یقول کل انسان لعدوه: دخل بیتی فقتلته...»

چیزی واجب نیست.[۱]

در مورد این روایت هم که می توان از آن حکم جواز قتل زانی را به وسیله شوهر و مرد صاحبخانه به دست آورد، باید گفت: اولاً بعضی، سند آن را مخدوش دانسته و قابل عمل ندانسته‌اند، ثانیاً به فرض صحت به نظر می‌رسد روایت در مقام دفاع از جان و مال و ناموس وارد شده است و به خاطر دفاع و دور کردن مهاجم از دستبرد به ناموس، حتی قتل او هم مجاز شمرده شده است و بعید نیست که اگر دفع مهاجم به غیر قتل ممکن باشد، قتل او جایز نباشد.[۲]

۵. روایت دیگری که در این باب به آن استناد شده و حکم مورد بحث را از اطلاق و عموم آن استفاده می نمایند، روایت منقوله از امام صادق (ع) است که فرمود: «هر کس خانه مردم را دید بزند و از روزنه به آنها نگاه کند و اهل خانه او را مورد اصابت تیر قرار دهند و در نتیجه او را بکشند یا چشم او را کور کنند مسئولیتی ندارند...»[۳]

نظیر این مضمون در روایات دیگری هم وجود دارد، ولی چنانکه پیداست همه اینها در مقام دفاع و راندن و بازداشتن شخص از تجاوز به مال و جان و حریم و ناموس دیگری است.

۶. روایت دیگری که محقق در **نکت النهایة** و صاحب **جواهر** در کتاب **جواهر** نقل کرده‌اند، این است: «روایت شده از امیر المؤمنین (ع) در مورد مردی که دیگری را کشته است و مدعی شده که او را با زن خود دیده باید قصاص شود مگر اینکه بر ادعای خود بینه بیاورد».[۴]

---

۱. **وسایل الشیعة**، پیشین، ص ۵۱، باب لام از ابواب قصاص. «عن ابی الحسن(ع) فی رجل دخل دار آخر للتلصلص اوالفجور فقتله صاحب الدار، ایقتل به ام لا؟ فقال: اعلم ان من دخل دار غیره فقد اهدر دمه ولا یجب علیه شیئی».

۲. ر.ك: **کتاب الحدود** آیت الله منتظری، ص ۱۳۶.

۳. **وسایل الشیعة**، پیشین، ص ۴۹، باب ۲۵ از ابواب قصاص، حدیث ۶. عن العلابن الفضیل عن ابی عبدالله(ع) قال: «اذا اطلع رجل علی قوم یشرف علیهم او ینظر من خلل شیئی لهم فرموه فاصابوه فقتلوه او فقأوه عینه فلیس علیهم غرم...»

۴. **نکت النهایة** از مجموعه الجوامع الفقهیة، ص ۴۶۱، و جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۳۶۹: «ما روی عن امیر المؤمنین(ع) فی رجل قتل رجلا و ادعی انه رآه مع امرأته فقال(ع) علیه القود الا ان یاتی بینة».

این روایت که در کتب حدیث نقل نشده است، احتمالاً همان روایت شماره دو است که نقل به معنا شده است.

ج ـ ارزیابی دلایل فقهی مسأله

چنان که دیدیم مجاز بودن شوهر در قتل زن خود و مردی را که در حال زنا با او مشاهده می کند، نخستین بار به وسیله شیخ طوسی در کتاب **مبسوط** مطرح شده و فقهای قبل از شیخ، این مسأله را مطرح نکرده‌اند، ولی شیخ جواز قتل یا معاف بودن قاتل از مجازات را به زنای محصنه مقید کرده است.

پس از شیخ، می توان گفت نخستین فقیهی که جواز قتل را به طور قطع و به صورت مطلق بیان کرده است، محقق حلی ـ فقیه معتبر قرن هفتم ـ است که در کتاب **نکت النهایة** با طرح سؤال و اشکال در مورد عبارت شیخ طوسی در **نهایه** که گفته است: «اگر کسی مردی را کشت و ادعا کرد او را با زن خود یا در خانه خود دیده است، قصاص می‌شود مگر اینکه بر گفته خود بینه اقامه نماید»[1]، بدین صورت که از کجا جایز است قتل این مرد و آیا باید او را در حال زنا مشاهده کند تا قتلش جایز باشد یا صرف وجود او در خانه یا با زن کافی است؟ در پاسخ می گوید: «لازم است علم داشته باشد که زنا کرده یا قصد زنا داشته و فرق نمی کند محصن باشد یا غیر محصن. در صورتی که بر این امر بینه اقامه کند، قصاص نمی‌شود».[2]

در کتاب **شرایع**، نیز چنانکه قبلاً نقل کردیم، در مسائل ملحقه به احکام زنا عبارت و فرمول مشخصی در این خصوص بیان کرده که همین عبارت، مورد تقلید فقهای پس از او قرار گرفته است و فقیهان پس از محقق با اینکه در صحت این حکم تردید فراوان داشتند، سعی نمودند به گونه‌های مختلف آن را توجیه نمایند. با اینکه دلیل نقلی مسلم و معتبری که

---

۱. النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۷۵۵، «و من قتل رجلا ثم ادعی انه وجده مع امرأته او فی داره قتل به او یقیم البینه علی ما قال.»

۲. نکت النهایه از مجموعه الجوامع الفقهیة، ص ۴۶۱: «...لا بد من علمه انه زنی او قصد الزنا ولااعتبار بکونه محصنا او غیر محصن و مع قیام البینة بذلك لا یکون علی قاتله قصاص و لا دیة...»

صریحاً دال بر جواز قتل باشد وجود ندارد؛ از چند روایت که در موارد و موقعیت‌های مختلف و عمدتاً در موارد دفاع و در ارتباط با قتل مرد زانی و نه زن، وارد شده و بسیاری از آنها از حیث سند هم اشکال دارد، تلاش کردند از مفهوم روایات مزبور آن حکم را توجیه کنند؛ فقط شهید اول - فقیه بزرگوار قرن هشتم - در کتاب دروس خود روایت مرسله‌ای را که صریحاً جواز قتل را می‌رساند، به عنوان دلیل بر اینکه زوج می‌تواند نسبت به زوجه خود اقامه حد نماید نقل کرده است که طبق موازین، فتوا دادن در این موضوع مهم با این روایت کار ساده‌ای نیست.

دلیل عقلی هم که ممکن است در این موضوع به کار آید یا مسأله دفاع مشروع است که به موجب آن اگر شخصی در حالت دفاع مشروع از مال، جان یا عرض و ناموس خود با کسی درگیر شد و او را به قتل رساند معاف از مجازات است، اما این حکم مطلق به جواز قتل حتی در صورت تمکین زن، با قواعد مربوط به دفاع مشروع سازگار نیست، یا ممکن است مسأله اجرای حد الهی مطرح باشد، بدین جهت که چون مرد و زن زناکار مستوجب حد الهی هستند، اقدام شوهر به قتل هر دو یا یکی از آنها در واقع اقامه حد الهی و اجرای حکم شرعی است. این امر هم نمی‌تواند توجیه‌کننده فتوای مطلق به جواز قتل باشد؛ زیرا اولاً اجرای حدود در شأن افراد نیست، باید جرم مستوجب حد مخصوصاً در مورد زنا که شارع در اثبات آن سختگیری نشان داده نزد حاکم ثابت شود و با حکم او حد اجرا گردد، ثانیاً هر زنایی مستوجب قتل نیست، اقلاً باید محصنه بودن زنای مرد و زن ثابت باشد تا بتوان آنها را به قتل رساند.

فقیهانی که تلاش‌شان بر توجیه نظر ابداعی محقق است در توجیه این امر دچار اشکال می‌شوند، چنانکه در کلام شهید ثانی در مسالك دیدیم و نیز صاحب جواهر، به این امر متوسل می‌شوند که به هر حال در این مورد خاص رخصت داده شده که به صرف اثبات عمل زنا شوهر مجاز باشد زانی و زانیه را به قتل برساند؛ یعنی دو امر خلاف اصل را می‌خواهند با یك روایت مرسله که برای اولین بار و به طور منحصر به فرد شهید اول در کتاب دروس نقل کرده و مفهوم چند روایت که یا از لحاظ سند معتبر نیستند یا در مقام دفاع مشروع وارد شدند یا عنایت‌شان بر منع قتل است ثابت کنند. این دو امر خلاف اصل یکی

عبارت است از اجازه اجرا و اقامه حد به غیر حاکم یعنی شوهر و دیگری اجرای حکم قتل در مورد زنایی که حد شرعی آن مجازات قتل نیست و حتی در صورت اثبات، امام و حاکم هم نمی توانند حد قتل را اجاری کنند. دور از احتیاط بودن فتوا برجواز چنین قتلی و معاف دانستن قاتل با همه احتیاط هایی که در شرع اسلام در مورد دماء و حفظ جان انسانها وجود دارد، بر کسی پوشیده نیست.

برخی از فقهای معاصر چون مرحوم آیت الله خویی چنانکه قبلاً اشاره شد و آیت الله منتظری قویاً مستندات و روایات مربوط به جواز قتل را رد کرده و از دادن فتوا به جواز قتل خودداری کرده‌اند.[1]

آقای خویی پس از نقل قول مشهور و مخالفت خود با آن می گویند: «در صورتی که شخصی مردی را در حال زنا با زن خود دید و او را کشت و بر این حرف خود بینه و شاهد اقامه کرد طبق قول مشهور که ظاهراً مخالفی هم ندارد، قصاص نمی‌شود؟ آنگاه روایات مورد استناد مشهور را نقل می کند (که ما قبلاً آنها را نقل کردیم) و برخی از آنها را از لحاظ سند فاقد اعتبار و برخی هم را ناظر به مورد دفاع می‌داند و جواز قتل مذکور در روایت را به‌لحاظ دفاع در مقابل متجاوز می‌داند و نتیجه می گیرد که هیچیك از این روایات بر نظر مشهور دلالت ندارند؛ به علاوه تأکید می کند که روایت مربوط به سعد بن عباده و مذاکره‌ای که بین او و پیامبر اکرم (ص) رد و بدل شده است، (که قبلاً ما آن را ذکر کردیم) ظهور در عدم جواز قتل زانی دارد و نمی توان در مورد جواز قتل به آن استناد کرد؛ (چنانکه ما نیز همین مطلب را هنگام نقل روایت مزبور بیان کردیم). ایشان می گوید علاوه بر همه اینها اگر فرضاً روایات مورد استناد دلالت بر جواز قتل هم داشته باشند، صرفاً ناظر به جواز قتل مرد زناکار هستند و بر جواز قتل زن به‌وسیله شوهر دلالتی ندارند. و اماروایت مرسله شهید اول در دروس نیز چون کسی قبل از او این روایت را نقل نکرده، نمی توان گفت، قول مشهور مستند به آن روایت بوده و ضعف آن به لحاظ مرسله بودن با عمل مشهور جبران شده است.[2]

---

۱. ر.ك: آیت الله منتظری، کتاب الحدود، ص ۱۳۷-۱۳۳.

۲. ر.ك: مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۸۷-۸۴.

مبحث چهارم: نقد ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

گفتیم بر اساس ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴، که تا تصویب قانون حدود و قصاص در سال ۱۳۶۱ حاکم بود، در صورتی که مردی زن خود را با مرد اجنبی در یك فراش می‌دید و هر دو را یا یکی از آن دو را به قتل می‌رساند، معاف از مجازات بود. تدوین کنندگان قانون مجازات سال ۱۳۰۴ که بی تردید بی‌خبر و بی‌توجه به زمینه فقهی این حکم نبودند، بیشتر حالت بحران روحی و تحریك روانی مرد را در حال ارتکاب قتل مطمح نظر داشته و آن قدر این حالت غیرعادی را با توجه به عرف جامعه شدید می‌دانستند که آن را موجب معافیت مرد از مجازات دانستند؛ نظیر چنین حکمی آن موقع در بسیاری از قوانین سایر کشورها نیز حاکم بود و به ظن غالب شق دو ماده ۳۲۴ قانون مجازات فرانسه در این خصوص مورد اقتباس قانونگذار ما قرار گرفته بود. دگرگونی دیدگاهها و کاهش تعصبات و اقدامات طرفداران حقوق زن سرانجام موجب تغییر این حکم قانونی و حذف آن در بعضی از کشورها یا از بین بردن معافیت مطلق از مجازات گردید و از جمله شق دو ماده ۳۲۴ قانون مجازات فرانسه نیز در اصلاحات سال ۱۹۷۵ حذف شد.

در ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی و لزوم اصلاح قوانین بر اساس موازین شرعی، قانون مجازات از جمله قوانینی بود که دستخوش دگرگونی عمده گردید، در سال ۱۳۶۱ که موادی راجع به قانون مجازات اسلامی و مقررات حدود و قصاص و دیات وضع و تصویب شد، ماده ۱۷۹ در واقع منسوخ شد و مفاد آن صریحاً در مقررات مزبور نیامد. در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ نیز از مفاد مزبور اثری دیده نمی‌شود، همچنین در قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ نیز چنین حکمی وجود ندارد، ولی قانونگذار در قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ مفاد ماده ۱۷۹ را با غلظت بیشتر احیاء کرد، یعنی اگر ماده ۱۷۹ قانون مجازات سابق شوهر را در صورت ارتکاب قتل معاف از مجازات می‌دانست ماده ۶۳۰ قانون تعزیرات (مجازات اسلامی) صریحاً به شوهر اجازه می‌دهد که در صورت مشاهده همسر خود در حال زنا با مرد اجنبی هر دو یا یکی از آن دو را به قتل برساند. قانونگذار حتی نیازی ندیده که همانند فقهاء احتیاطاً تصریح کند که این

جواز قتل یا معافیت از مجازات موکول به این است که شوهر بتواند زنا را اثبات کند و لابد آن را به وضوح خود واگذار کرده است.

حال این سؤال منطقی می تواند مطرح شود که با وجود لرزان بودن مبانی فقهی این حکم شرعی که بیان شد، و کم رنگ شدن مبانی عرفی آن و احتمال سوء استفاده زیاد از این جواز قانونی و در واقع رهنمود قانونگذار چه مصلحت و منفعت مهمی در احیای این ماده قانونی پس از متروك شدن چهارده ساله آن برای جامعه وجود داشت؟ در حالی که می‌دانیم حتی با نبودن این چراغ سبز قانونگذار نیز دستگاه قضایی همواره مواجه با مشکل قتل‌های ناموسی مخصوصاً در برخی از مناطق جنوبی کشور بوده که با کمترین شکی، مردان، همسر، خواهر و دختر خودرا به قتل می‌رساندند و چون کسی هم شاکی نبود، هیچ مجازاتی برای قاتل در نظر گرفته نمی‌شد و همین امر موجب افزایش این نوع قتل‌ها بدون اینکه کسی حتی ملزم به اثبات موضوع باشد، می گردید. مسأله به قدری جدی شد که قانونگذار در قانون مجازات سال ۱۳۷۰، ناگزیر ماده‌ای را تصویب کرد که حتی در صورت گذشت شاکی خصوصی و یا عدم شکایت در مورد قتل که طبعاً قصاص منتفی است و مجازات دیگری هم طبق موازین شرعی پیش‌بینی نشده، دادگاه بتواند مرتکب قتل را از ۳ سال تا ۱۰ سال حبس محکوم نماید؛ (ماده ۲۰۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: هر کسی مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و اقدام وی موجب اخلال در نظم جامعه یا خوف شده و یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد، موجب حبس تعزیری از ۳ تا ۱۰ سال خواهد بود.) مفاد ماده ۲۰۸ در ماده ۶۱۲ قانون مجازات بخش تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ تکرار شده است. تا آنجا که بنده در جریان بودم مهمترین عاملی که موجب تصویب ماده ۲۰۸ قانون مجازات اسلامی گردید، همانا فزونی قتل‌های ناموسی و کشتن زنان و دختران به کوچکترین سوءظن داشتن رابطه نامشروع در برخی مناطق کشور بود. حال، با وجود چنین زمینه فرهنگی و اجتماعی آیا صلاح است در یك جامعه‌ای که با یك نظام قضایی مشخص اداره می‌شود و اثبات جرایم واعمال مجازاتها باید به وسیله محاکم انجام گیرد با وضع ماده قانونی اجازه تشخیص جرم و اجرای مجازات یعنی ارتکاب قتل را به افراد بدهد؟ و حتی مانند ماده ۱۷۹ سابق به بیان

معافیت از مجازات اکتفاء ننموده بلکه اجازهٔ ارتکاب قتل را به افراد بدهد؟ طبعاً قانونگذار در جهت اجرای حکم شرعی، این ماده قانونی را تصویب کرده است ولی چنانکه دیدیم با وجود شهرت این قول بین فقهاء، چقدر پایه‌های استدلالی آن نامطمئن، و فتوا دادن بر طبق آن دور از احتیاط لازم در امر دماء و نفوس مردم است. به علاوه فقهاء که این مطلب را ذکر کرده‌اند، عمدتاً تصریح کرده‌اند که این حکم در مقام بیان تکلیف شخصی است که اگر کسی مرتکب شد بینه و بین‌الله گناهکار نیست و عقوبت اخروی ندارد؛ ولی طبق ضوابط ظاهری قاتل باید قصاص شود؛ مگر اینکه با موازین شرعی بتواند وقوع عمل را اثبات نماید و خود به دشواری این اثبات واقف بوده‌اند و لذا دیدیم شهید ثانی در مسالك، رهنمود داده است که اگر شخصی مرتکب چنین قتلی شد چون در واقع گناهکار نیست و از لحاظ خدایی معاقب نمی‌باشد، برای رهایی خود از قصاص می‌تواند قتل را انکار کند و حتی سوگند بخورد؛ ولی به گونه‌ای توریه کند که دروغگو به حساب نیاید؛ آیا قانون که متکفل بیان حکم روابط اجتماعی افراد است و علی‌الاصول کاری به جنبه‌های شخصی عمل افراد و ثواب و گناه بودن آن ندارد می‌تواند بسان بیان این نوع فتاوی قانونگذاری کند؟ عجیب است هنوز در مقررات حقوقی ما، ماده‌ای که به طلبکار اجازه دهد مستقیماً طلب خود را از اموال بدهکار استیفا نماید و در صورت تسلط بر اموال بدهکار، بدون رضایت او و بدون حکم دادگاه معادل طلب خود را برداشت نماید وجود ندارد، در حالی که این مطلب در فقه تحت عنوان تقاص یا مقاصه مطرح شده و به طلبکار چنین اجازه‌ای داده شده است[1] ولی در مورد قتل نفس قانونگذار این گونه تهور کرده و اجازه قتل داده است.

به نظر می‌رسد، بهتر است قانونگذار به جای تجویز قتل و با توجه به این واقعیت که به هر حال مردی که زن خود را در وضعیت زشت و مجرمانه زنا با مرد بیگانه ببیند، ممکن است تحریك و تهییج شود و به عنوان حفظ شرف و حیثیت خود در آن حال دست به قتل

---

۱. به عنوان مثال: ر. ك: تحریر الوسیله، حضرت امام خمینی(ره) پایان مبحث کتاب القضاء فصل مربوط به مقاصه می‌گویند: اگر بدهکار منکر دین باشد یا در پرداخت مسامحه نماید، طلبکار می‌تواند از اموال او طلب خود را استیفا کند؛ حتی اگر بتواند به دادگاه رجوع نموده و از طریق دادگاه طلب خود را بگیرد: «لو کان الحق دینا و کان المدیون جاحدا او مماطلا جازت المقاصه من ماله و ان امکن الاخذ منه بالرجوع الی الحاکم».

بزند، حالت مزبور را، اگر از مصادیق دفاع مشروع نباشد، از کیفیات مخففه به حساب آورده و مجازات اعلام را از او بردارد؛ یعنی سعی کند برای اعمال بند ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی (اوضاع و احوال خاصی که متهم تحت تأثیر آنها مرتکب جرم شده است از قبیل رفتار و گفتار تحریك آمیز مجنی علیه یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم.) در مورد قصاص و عدم انحصار آن به مجازاتهای تعزیری، راهی پیدا کرده و توجیهی بیابد و مسلماً اگر به عامل مصلحت که امروزه ملاك بسیاری از مصوبات قرار می گیرد توجهی کافی مبذول گردد، راهی برای این امر پیدا خواهد شد.*

* . این مقاله در شماره هشتم مجله نامه مفید، سال ۱۳۷۵ منتشر شده است.

بررسی تفاوت اجرای حکم قصاص در مورد زن و مرد

مقدمه

در قانون مجازات اسلامی ایران به تبعیت از فقه شیعه امامیه تفاوتهایی در اعمال مقررات کیفری بین مرد و زن وجود دارد، همچنانکه در اعمال مقررات مدنی نیز برخی تفاوتها بین زن و مرد به چشم می‌خورد که در بسیاری از آن موارد حداقل در یك برداشت ظاهری چنین به نظر می‌رسد که به جنس ذکور، امتیاز و برتری داده شده است. تفکر غالب و حاکم بر جوامع امروزی که در اسناد بین‌المللی بخصوص اسناد حقوق بشری مثل منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون محو هر نوع تبعیض علیه زنان، کنوانسیون حقوق کودك و اسنادی از این قبیل منعکس است، رعایت تساوی بین زن و مرد و عدم تبعیض و تفاوت براساس جنس می‌باشد. به موجب این طرز تفکر نباید مقرراتی وضع و احکامی مقرر و اجرا گردد که نشان دهنده نوعی امتیاز و یا برتر نگری مرد نسبت به زن باشد. تردیدی نیست که تفاوتهایی در ساختار طبیعی خلقت زن و مرد وجود دارد و همین تفاوت خود موجب متفاوت بودن وظایف طبیعی و تکالیف و مزایای اجتماعی می گردد، ولی مهم این است که در وضع احکام و تکالیف و حقوق و مسئولیت‌ها نباید به چیزی دیگر جز تفاوت طبیعی موجود بین زن و مرد توجه کرد و هر حکمی که مبنایش پایین‌تر دانستن ارزش انسانی زن نسبت به مرد باشد باید ملغی گردد. ماده یك کنوانسیون محو هر نوع تبعیض علیه زنان می گوید:

«منظور از تبعیض علیه زنان، قائل شدن هر گونه تمایز، استثناء یا محدودیت بر اساس جنسیّت است که در به رسمیت شناختن حقوق بشر زنان و آزادیهای اساسی آنها، و دارا بودن حقوق و اعمال آنها بر پایه مساوات با مردان در تمام زمینه‌ها اثر منفی دارد یا هدفش از بین بردن این وضعیت است.»

برای بررسی دقیق وضعیت حکم قصاص و تفاوت آن در مورد زن و مرد و روشن شدن موقعیت آن باید همه احکام متفاوتی که در مورد زن و مرد وجود دارد بررسی شود و موارد صحیح و مسلّم مشخص گردد آنگاه سه موضوع از دیدگاه اسلامی بخوبی شکافته و روشن شود:

۱ـ آیا در نگرش اسلامی بین زن و مرد از لحاظ ارزش انسانی تفاوت وجود دارد یا خیر؟

۲ـ احکام و مقررات متفاوت موضوعه به تمایز و تفاوت ارزشی زن و مرد بر می گردند یا صرفاً ناظر و مربوط به تفاوت طبیعی موجود بین زن و مرد هستند؟

۳ـ آیا این احکام و مقررات متفاوت شأن‌شان دائمی بودن است یا بر اساس اوضاع و احوال خاص زمان و مکان صادر شده و طبع آنها منافاتی با تغییر ندارد؟

پرداختن به این موضوعات و رسیدن به یك نتیجه مشخص و روشن، بحث ظریف و مستوفایی را می طلبد که در مجال این نوع بحث مطرح شده در این مقاله نیست، لذا با حفظ آن اصول و کلیاتی که ذکر شد به نحو اجمال وضعیت مربوط به حکم قصاص در مورد زن و مرد را بیان می کنیم و فتح بابی می نماییم به امید آنکه از نظریات محققانه اندیشمندان سود بریم.

مبحث اول: حکم قصاص در قانون مجازات ایران و فقه اسلامی

الف ـ قانون مجازات اسلامی ایران

طبق ماده ۲۰۷ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه مسلمانی کشته شود قاتل قصاص

می‌شود»، ولی ماده ۲۰۹ همان قانون می گوید:

«هر گاه مرد مسلمانی عمداً زن مسلمانی را بکشد محکوم به قصاص است، لیکن باید ولیّ زن قبل از قصاص قاتل نصف دیه مرد را به او بپردازد.»

و طبق ماده ۲۱۳:

«در هر مورد که باید مقداری از دیه را به قاتل بدهند و قصاص کنند باید پرداخت دیه قبل از قصاص باشد».

ماده ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر می‌دارد:

«هر گاه مردی زنی را به قتل رساند ولی دم حق قصاص قاتل را با پرداخت نصف دیه دارد و در صورت رضایت قاتل می‌تواند به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر از آن مصالحه نماید.»

و طبق ماده ۲۷۳ همان قانون:

«در قصاص عضو، زن و مرد برابرند و مرد مجرم به سبب نقص عضو یا جرمی که به زن وارد نماید، به قصاص عضو مانند آن محکوم می‌شود، مگر اینکه دیه عضوی که ناقص شده ثلث یا بیش از ثلث دیه کامل باشد که در آن صورت زن هنگامی می‌تواند قصاص کند که نصف دیه آن عضو را به مرد بپردازد.»

به هر حال طبق قانون مجازات اسلامی ایران در صورتی که زنی مردی را عمداً به قتل برساند، زن قصاص می‌شود بدون هیچگونه شرط خاصی، ولی اگر مردی زنی را عمداً به قتل برساند، در صورتی قاتل قصاص می‌شود که اولیای دم مقتوله نصف دیه قاتل را به او بدهند و اگر نصف دیه را ندهند یا نتوانند بدهند مرد قصاص نمی‌شود. در مورد جرح عمدی نیز به شرحی که ذکر شد این تفاوت وجود دارد.

ب ـ فقه امامیه

حکم قانونی فوق‌الذکر از فقه امامیه گرفته شده است. فقهای امامیه به اجماع و اتفاق معتقدند در صورتی مرد به لحاظ کشتن زن قصاص می‌شود که قبلاً نصف دیه مرد از سوی

اولیای مقتوله پرداخت شده باشد.[۱]

ج- فقه اهل سنت

برخلاف اجماع مورد نظر فقهای شیعه، فقهای اهل سنت در مذاهب چهارگانه عموماً معتقدند مرد قاتل در برابر قتل عمد زن قصاص می‌شود بدون اینکه ورثه مقتوله ملزم باشند نصف دیه قاتل را رد کنند.[۲]

در بین فقهای اهل سنت نیز برخی همانند فقهای شیعه معتقدند برای قصاص قاتل زن باید نصف دیه به قاتل داده شود از جمله آنها برخی از فقهای حنبلی هستند.[۳]

قول دیگری نیز در مورد مسأله مربوط به قصاص زن و مرد وجود دارد و آن اینکه اگر زنی مردی را عمداً به قتل رساند، علاوه بر اینکه زن قصاص می‌شود و به قتل می‌رسد، باید به اندازه نصف دیه مرد نیز از اموال زن به ورثه مرد مقتول داده شود.[۴]

---

۱. جواهر الکلام، ج۴۲، ص ۸۲... فیقتل الحر بالحر... و بالحرّة و لکن مع ردّ فاضل دیته النصف بلاخلاف فیه بل الاجماع بقسمیه علیه... و نیز ر.ک: سایر کتب معتبر فقهی شیعه. از جمله شیخ طوسی در کتاب خلاف پس از بیان حکم فوق و ذکر این مطلب که تمام فقها (غیر امامیه) گفته‌اند مرد در برابر زن کشته می‌شود و اولیاء مقتوله نباید چیزی به قاتل بدهند (و قال جمیع الفقها انه یقتل بها و لا یرد اولیائها شیئا) و این مطلب را از علی (ع) نیز نقل کرده‌اند در مورد مبنای نظر فقهای امامیه می‌گوید: «دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم» (خلاف، ج ۵، ص ۱۴۵...) سیدمرتضی نیز در کتاب الانتصار، این حکم را از مختصات امامیه دانسته و می‌گوید باقی فقها مخالف این حکمند و پرداخت دیه را لازم نمی‌دانند... (و خالف باقی الفقها، فی ذالك و لم یوجبوا علی من قتل الرجل باالمرأة شیئا من الدیّة) ایشان هم دلیل نظر فقهای شیعه را اجماع و عدم برابری جان زن و مرد می‌داند و می‌گوید: «دلیلنا علی صحّة ما ذهبنا الیه الاجماع المتردّد و لانّ نفس المرأة لا تساوی نفس الرجل بل هی علی النصف منها فیجب اذا اخذت النفس الکاملة بالناقصة ان یردّ فضل مابینهما...» الانتصار، ص ۵۳۹.

۲. الفقة علی المذاهب الاربعة، عبدالرحمن الجزیری، ج۵، ص۲۸۷: «اتفقت کلمة فقهاء المسلمین علی انه یجوز قتل الرجل بالمرأة...» مغنی ابن قدامة، ج۷، ص۶۷۹: «ویقتل الذکر بالانثی والانثی بالذکر هذا قول عامّة اهل العلم»

۳. همان و احکام القرآن، ابوبکر جصاص، ج۱، ص۱۳۹.

۴. همان و جواهر الکلام، ج ۴۲، ص۸۳.

مبحث دوم: مبنای حکم در قرآن و سنّت

الف- قرآن

در قرآن کریم در چند مورد به مسأله قصاص به معنی کشتن قاتل در برابر مقتول و وجود این حق برای اولیای مقتول تصریح شده است. از جمله می توان به سه آیه مشخص در این خصوص اشاره نمود:

۱- آیه ۳۳ سوره اسراء که در مکه نازل شده است و حکم تفصیلی و مشخص ندارد، ولی در این آیه از یك سو به حرمت قتل نفس مگر در مواردی که بحق باشد تصریح شده و از سوی دیگر حق قصاص را برای ولیّ مقتول به رسمیت شناخته است و در مرحله سوم از زیاده روی در قتل در مقام انتقام گیری که رویّه معمول اعراب آن روز بود، منع کرده است. آیه فوق الذکر که حاوی این سه نکته مهم است بدین شرح می باشد:

«ولا تقتلوا النّفس التی حرّم اللّه الاّ بالحق و من قتل مظلوما فقد جعلنا لولیّه سلطانا فلا یسرف فی القتل...» در این آیه به صورت عام، به هر کس مظلوم کشته شود که اعم از زن و مرد می تواند باشد حق قصاص و اقدام برای ولیّ دم او شناخته شده است.

۲- آیه ۴۵ سوره مائده که در مدینه نازل شده است. در این آیه خداوند در مقام اخبار از احکام الهی که در تورات نازل شده است مسأله قصاص نفس و اعضا را مورد تصریح قرار داده است، خداوند می فرماید: ما در تورات بر بنی اسرائیل نوشتیم و فرض و واجب کردیم که جان در برابر جان و چشم در برابر چشم، بینی در برابر بینی، گوش در برابر گوش، دندان در برابر دندان و جراحات در برابر هم قصاص می شوند.

«و کتبنا علیهم فیها انّ النفس بالنفس والعین بالعین والانف بالانف و الاذن بالاذن و السّن بالسن والجروح قصاص...» در این آیه نیز به طور مطلق قصاص نفس در برابر نفس و هر یك از اعضا ذکر شده در برابر عضو مماثل بدون قید مرد و زن بودن و تفاوت آن بیان شده است.

هر چند لحن ظاهری آیه صورت اخباری دارد ولی با توجه به آیات بعدی می توان فهمید که این احکام از زمره احکامی است که مورد تصدیق و تأیید شریعت های بعدی یعنی شریعت مسیحیت و اسلام نیز هست.

۳ـ آیه ۱۷۸ سوره بقره که باز در مدینه نازل شده و با صراحت و روشنی بیشتر حکم قصاص را بیان می کند. در این آیه و آیه بعدی آن، هم به تعیین حکم قصاص و فلسفه وجودی آن توجه شده و هم ترتیب تعادل قصاص بیان شده است. آیه ۱۷۸ می فرماید:

«یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد و الانثی بالانثی فمن عفی له من اخیه شیء فاتّباع بالمعروف و اداء الیه باحسان ذلك تخفیف من ربکم و رحمة فمن اعتدی بعد ذلك فله عذاب الیم»

و آیه ۱۷۹ چنین است:

«ولکم فی القصاص حیوة یا اولی الالباب لعلّکم تتقون»

آیه اول متکفل بیان سه نکته است: تشریع حکم قصاص در مورد قتل، تعادل در اعمال حق قصاص و یا حق انتقام و در واقع اکتفا به قصاص قاتل، قطع نظر از اینکه قاتل یا مقتول چه جنسیتی دارد یا از چه موقعیت حقوقی و اجتماعی برخوردار است و سرانجام مستحسن بودن عفو و گذشت و صرف نظر کردن از قصاص.

در آیه ۱۷۹ به فایده و فلسفه و حکمت تشریع حکم قصاص اشاره شده که موجب حیات و زندگی مردم است. عموماً این آیه، این طور معنی شده که وضع حکم قصاص و کشتن قاتل در برابر مقتول موجب عبرت دیگران است و باعث جلوگیری از هرج و مرج و خودداری بسیاری از افراد از ارتکاب قتل و در نتیجه مصونیت بیشتر جامعه و زنده ماندن افراد و مصونیت آنان از کشته شدن است.[1]

بعضی هم این آیه را با توجه به شأن نزول آن و وضعی که قبل از اسلام بر اعراب جاهلی حاکم بود بدین گونه معنی کرده‌اند که با توجه به تشریع حکم قصاص که باید فرد قاتل به خاطر ارتکاب قتل کشته شود نه فرد یا افراد دیگری به جای قاتل، این امر خود موجب حیات است و باعث می‌شود از قطع حیات افراد زیادی جلوگیری شود.

ابوالفتوح رازی در تفسیر خود این بیان را از سُدیّ نقل می کند و می گوید:

---

۱. تفسیر الکشاف زمخشری، ج اول، ص۲۳۳: «وهی الحیاة الحاصلة بالارتداع عن القتل لوقوع العلم بالاقتصاص من القاتل...» و مجمع البیان فی تفسیر القرآن، طبرسی، ج ۱ـ۲، ص۴۸۱ و تفسیر المنار، محمد رشید رضا، ج ۲، ص۱۳۲.

«... سُدَیّ گفت مراد آن است که در قصاص حیات است یعنی پیش از اسلام، به یك مرد، ده مرد را بکشتندی بگزاف، گفت من قصاص نهادم بسویّه تا به نفس بیشتر از نفس نکشند، پس این قضیه موجب آن بود که در قصاص حیات باشد.»[1]

تحلیل حکم قرآن در مورد قصاص زن و مرد

چنانکه دیدیم آیه۴۵ سوره مائده به طور مطلق حکم خداوند را در تورات در مورد قصاص نفس بیان کرده است. در آن آیه جان آدمی در مقابل جان آدمی قرار گرفته و برای آن قصاص ذکر شده و تفاوتی هم بین جان انسانی از حیث جنسیت و زن بودن یا مرد بودن گذاشته نشده است، در آیه ۱۷۸ سوره بقره ابتدا اصل حکم قصاص تشریع شده و سپس به‌عنوان مصادیقی از اجرای قصاص که به معنای معادله و مقابله به مثل در اعمال مجازات است از عبارات: آزاد در مقابل آزاد، برده در مقابل برده و زن در مقابل زن استفاده شده است.

منطوق آیه این است که مرد آزاد در برابر قتل مرد آزاد و برده قاتل در برابر برده مقتول و زن قاتل در مقابل زن مقتول قصاص می‌شود، ولی در مورد قصاص مرد قاتل در برابر زن مقتول و قصاص زن قاتل در برابر مرد مقتول و نیز آزاد در برابر برده‌و برده در برابر آزاد، منطوق آیه دلالتی ندارد، برخی از این آیه چنین استفاده می کنند که چون تصریح شده مرد آزاد در برابر مرد آزادو زن در برابر زن قصاص می‌شود پس اگر مرد زن را کشت نمی توان او را قصاص نمود، زیرا منطوق آیه دلالتی بر این امر ندارد و از سوی دیگر جان زن با جان مرد برابر نیست بلکه جان زن معادل نصف جان مرد است. بنابر این اگر بخواهیم جان کاملی را در برابر جان ناقص بگیریم باید مابه‌التفاوت آن را برگردانیم و لذا در صورت قصاص مرد باید نصف دیه پرداخت شود.[2]

اما در صورت قتل مرد به وسیله زن گفته شده با اینکه منطوق آیه دلالتی بر قصاص زن در برابر مرد ندارد این معنی اجماعی است که می توان زن را به خاطر قتل مرد قصاص

---

۱. نقل از مرحوم استاد محمود شهابی، ادوار فقه، ج ۱، ص۱۲۵ .و مجمع‌البیان ج ۱ ـ ۲، ص ۴۸۱ نقل از سُدَیّ.

۲. تفسیر مجمع‌البیان، طبرسی، ج ۱ ـ ۲، ص۴۷۹ .

نمـود و آیه هم هر چند تصـریح ندارد ولی منعی هم از قـتل زن در برابر مـرد نکرده است و به‌علاوه وقتی قاتل را به خاطر قتل فرد نظیر و در پایه خـودش بتوان قصاص کرد به طریق اولی وقتی فرد اشرف و برتر از خود را بکشد می توان او را قصاص نمود.[۱] به نظر این گروه جواز قـصاص زن در برابر مرد با وجود مسکوت بودن آن در قرآن به خاطر عـدم منع آن و اجماع فقها بر جواز و اولویّت او جهت اشرفیّت مرد بر زن قابل توجیه است، ولی قصاص مرد در برابر زن با توجه به مسکوت بودن آن در قرآن و همسان نبودن زن با مرد نمی تواند به طور مطلق قابل توجیه باشد و باید در صورت توسل به قصاص، نصف دیه مرد را پرداخت تا تعادل برقرار شود. گروهی که چنین برداشتی را از این آیه قرآن دارند تفاوت ذاتی ارزشی بین زن و مـرد را مسلّم دانستـه‌اند و متـفاوت بودن حکم قصـاص و نیز برخی احـکام دیگر همچون نصف بودن دیه زن و وضعیت شهادت او و غیره را نیز بر همین معیار می سنجند. در رابطه با شبهه‌ای که حکم آیه ۴۵ سورهٔ مائده در بر دارد و به طور مطلق نفس را در برابر نفس قرار داده است که این اطلاق همسان بودن جان آدمها را از هر جنسیتی به طور مطلق بیان می کند. نظریه‌های مختلفی از طرف فقها ابراز شده است برخی گفته‌اند آیه مزبور با همین آیه ۱۷۸ سـوره بقـره نسخ شـده است و برای این منظور حـتی به حـدیثی هم از حـضـرت علی(ع) استناد کرده‌اند که فرموده است آیه ۴۵ سوره مائده حکم قصاص را در تورات بیان می کند که مرد و زن و بنده و آزاد در قصاص مساوی بودند ولی خداوند حکم مقرر در تورات را با آیه ۱۷۸ سوره بقـره که آزاد در مقابل آزاد، برده در مقابل بـرده و زن در مقابل زن قرار دارد نسخ نموده است.[۲]

ناگفته پیداست صحّت این نظر بسیار مستبعد است زیرا اولاً به احتمال زیاد سوره مائده بعد از سوره بقره نازل شده است، به گفته مفسرین مائده آخرین سوره مفصلی است که بر پیامبر(ص) نازل شده و ناسخ هست ولی منسوخ نیست.[۳] بعلاوه اگر بپذیریم که طبق این روایت در تورات زن و مرد از لحاظ قصاص با هم مساوی بودند بسیار بعید به نظر می‌رسد

۱. همان و کنز العرفان فی فقه القرآن، فاضل مقداد، ص۳۹۸.
۲. جواهر الکلام، ج۴۲، ص۸۴ و وسائل الشیعة، ج۱۹، ص۶۳.
۳. تفسیر المیزان، علامه طباطبایی، ج۵، ص۱۶۷.

که در شریعت اسلام این حکم نسخ شود و بین زن و مرد از این حیث تفاوت گذاشته شود. چه این که به هر حال شریعت اسلام نسبت به شرایع پیشین موقعیت زن و حقوق او را ارتقا داده است.

البته در مقابل نظر فوق، برخی هم آیه ۴۵ سورهٔ مائده را ناسخ آیه ۱۷۸ سوره بقره که مشعر به تفاوت بین زن و مرد در امر قصاص است دانسته‌اند.[۱] نسخ حکم آیه ۱۵ و ۱۶ سوره نساء در خصوص تفاوت در مجازات زن و مرد زانی با آیه ۲ سوره نور که مجازات یکسان برای زانی و زانیه مقرر کرده می‌تواند مؤید این نظر باشد.[۲]

باید متذکّر شد که همه فقها در مورد تفاوت وضع قصاص بین زن و مرد به تفاوت ارزش و اعتبار جان زن و مرد تصریح نکرده، بلکه بعضی از آنها مطلب را به گونه‌ای بیان کرده‌اند که مشعر بر تساوی اعتبار و حرمت جان زن و مرد است ولی لزوم برگرداندن نصف دیه به قاتل زن برای قصاص او را به خاطر وجود روایات زیادی دانسته‌اند که در این زمینه وارد شده و بر این معنی تصریح دارند. مثلاً شیخ طوسی در کتاب مبسوط ضمن بیان اینکه از شرایط قصاص تکافو و همسان بودن اعتبار جان قاتل و مقتول است، می گوید: هر دو شخص که خونشان همسان و حرمتشان مساوی است قصاص بین آنها جریان دارد و تکافو در خون و تساوی در حرمت، این است که هریك از آن دو با قذف دیگری حدّ قذف درباره‌اش جاری شود.[۳] بنابر این اگر مردی مثلاً نسبت زنا به زنی بدهد و او را قذف کند و شاهد نیاورد حدّ قذف بر او جاری می‌شود، با معیار فوق معلوم می‌شود، اعتبار و حرمت زن و مرد یکسان است و اتفاقاً برخی از فقهای اهل سنت با توجه به همین مطلب بر لزوم

---

۱. کنزالعرفان فی فقه القرآن، ص۳۹۸ و تفسیر المیزان، ج ۱، ص ۴۴۱.

۲. آیات ۱۵ و ۱۶ سوره نساء: واللاتی یا تین الفاحشة من نسائکم فاستشهدوا علیهن اربعة منکم فان شهدوا فامسکوهن فی البیوت حتی یتوفیهن الموت او یجعل الله لهن سبیلا. و اللذان یاتیانها منکم فآذو هما فان تابا و اصلحا فاعرضوا عنهما ان الله کان توابا رحیماً.

و آیه ۲ سوره نور: الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مأة جلدة و لا تأخذکم بها رأفة فی دین الله...

۳. المبسوط فی فقه الامامیّه، شیخ طوسی، ج۷، ص۵: «کل شخصین تکافأ دماهما و استوت حرمتها، جری القصاص بینهما، والتکافی فی الدماء والتساوی فی الحرمة ان یحدّ کل واحد منهما بقذف صاحبه فاذا تکافأ الدمان قتل کل واحد منهما بصاحبه فیقتل الحرّ با لحرّ و بالحرّة اذا ردّ و افاضل الدیة عندنا و عندهم لا یرد...»

قصاص مرد در برابر زن بدون پرداخت نصف دیه استدلال کرده‌اند. ابن قدامه در کتاب المغنی می گوید: زن و مرد دو شخص هستند که اگر هر کدام، دیگری را قذف کند بر او حد جاری می‌شود بنابر این هر کدام دیگری را به قتل رساند باید قصاص شود، بدون اینکه لازم باشد چیزی پرداخت گردد.[1]

ولی فقهای شیعه به استناد روایات وارده از ائمه(ع) چنانکه اشاره شد و بعداً هم از آنها بحث خواهد شد بالاتفاق پرداخت نصف دیه را برای قصاص مرد در مقابل زن لازم می‌دانند.

مفهوم صحیح آیه ۱۷۸ سوره بقره

به نظر می‌رسد از آیه ۱۷۸ سوره بقره نمی‌توان تبعیض بین مرد و زن در امر قصاص را استنباط نمود و آیه شریفه مزبور نیز در مقام بیان این مطلب نیست. نسبت ناسخ و منسوخ و یاحتی عام و خاص هم که بعضی از فقها و مفسرین[2] گفته‌اند بین آیه مزبور و آیه ۴۵ سوره مائده وجود ندارد و هر دو آیه در یك جهت و با بیان مختلف و در موقعیت بیانی خاص خود در مقام تبیین وجود حکم قصاص در مورد قتل و متعادل بودن آن هستند و با یکدیگر تعارض ندارند. در آیه ۴۵ سورهٔ مائده مطلب به صورت اخبار از حکم موجود در تورات بیان گردیده و در آیه ۱۷۸ سوره بقره با بیان تفصیلی تر بر تشریع حکم قصاص برای مسلمانان تأکید شده است.[3]

تقریباً می‌توان گفت مفسّرین در شأن نزول آیه ۱۷۸ سوره بقره متفق‌القولند که در بین اعراب جاهلی در زمان و محیط نزول قرآن، قصاص و یا به تعبیر بهتر انتقام‌گیری شناخته شده بود و رواج داشت ولی حد و ضابطه مشخصی برای آن موجود نبود. چگونگی

---

۱. المغنی، ابن قدامه، ج ۲، ص ۶۷۹: «... ولانهما شخصان یحدّ کل واحد منهم بقذف صاحبه فقتل کل واحد منهما بالآخر کالرجلین ولا یجب مع القصاص شیئی، لانه قصاص واجب فلم یجب معه شیئی علی المقتصّ کسائر القصاص»

۲. همان، و وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۶۳.

۳. مرحوم علامه طباطبایی نیز در تفسیر المیزان، ج ۱، ص ۴۴۱ ذیل آیهٔ ۱۷۸ سوره بقره با همین برداشت می‌فرماید: «و نسبة هذه الایة الی قوله تعالی (النّفس بالنّفس) نسبة التفسیر، فلا وجه لما ربما یقال: انّ هذه الایة ناسخة لتلك الایة فلا یقتل حرّ بعبد و لا رجل بمرأة...»

حل موضوع بستگی به میزان قدرت و عصبیّت قبیله قاتل یا مقتول داشت. نه قبیله قاتل حاضر بود او را تحویل دهد و به قصاص برساند و نه قبیله مقتول راضی بود که فقط قاتل را قصاص نماید. گاه در مقابل یك مقتول دهها نفر به قتل می‌رسیدند و گاهی هم موافقت‌نامه‌ای بین طرفین برقرار می‌شد، قبیله‌ای که قدرت بیشتری داشت مقرر می کرد که در برابر هر برده‌ای که از او کشته می‌شود، آزادی را بکشد و در برابر زنی که به قتل می‌رسد، مردی را به قتل برساند. اسلام این طریق ناپسند را منسوخ ساخت و با نزول آیه فوق‌الذکر خواست این حکم را تشریع نماید که در مقابل مقتول قاتل را باید قصاص کرد و نه کس دیگر را خواه آزاد باشد یا برده، مرد باشد یا زن.[1] این آیه چیزی بیش از این را نمی‌رساند و هیچ تعارض و تنافی هم با بیان کلی مذکور در آیه ۴۵ سورهٔ مائده ندارد. از آیات قرآنی هم نمی توان پست‌تر بودن و کم ارزشتر بودن جنس زن را نسبت به مرد استنباط کرد و آن را به عنوان یك اصل مسلّم تلقی کرد و آیه را با این تلقی معنی نمود.

ب-مبنای روایی

چهار دسته روایت در این زمینه وجود دارد که به آنها اشاره می نماییم:

۱-اکثریت قریب به اتفاق فقهای اهل سنت که قصاص مرد را به خاطر قتل زن بدون هیچ شرطی جایز می دانند علاوه بر استناد به ظاهر آیات قرآن که به آنها اشاره شد و اصل یکسان بودن نفوس آدمی از زن و مرد به برخی احادیث و رویه‌ها نیز استناد می کنند. از جمله نقل شده است که پیامبر اکرم(ص) فرمود: «ان الرجل یقتل بالمرأة»[2] (مرد در برابر زن قصاص می‌شود) و نیز نقل شده است که پیامبر اکرم(ص) مرد یهودی را که دختری را به قتل رسانده بود قصاص کرد.[3] حدیثی نیز از همین طریق از حضرت علی(ع) نقل شده که

---

۱. ر.ك: تفسیر کشاف، زمخشری، ج۱، ص۲۱۱، تفسیر المنار، ج۲، ص۱۲۶، تفسیر مجمع‌البیان، ج۱-۲، ص۴۸۱، تفسیر المیزان، ج۱، ص۴۴۴، کنزالعرفان فی فقه القرآن، ص۳۹۸، ادوار فقه، مرحوم شهابی، ج۱، ص۱۲۵ و فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیلة، کتاب القصاص، از آیت‌الله یوسف صانعی، ص ۱۷۴.

۲. احکام القرآن، جصاص، ج۱، ص۱۳۹.

۳. همان و الفقه علی المذاهب الاربعة، ج۵، ص۲۸۷.

فرموده است: «اگر مردی زنی را به قتل برساند قصاص می‌شود.»[۱]

در منابع اهل سنت حدیث دیگری هم از علی بن ابیطالب(ع) نقل شده است که فرموده است: اولیای دم زن مقتول می‌توانند نصف دیه قاتل را بدهند و او را قصاص کنند و می‌توانند نصف دیه مرد (یعنی دیه زن) را بگیرند. جصّاص صاحب کتاب احکام القرآن می‌گوید: این روایت اخیر که از علی(ع) نقل شده روایت مرسل است زیرا هیچیك از رواتی که این حدیث را نقل کرده خود از او مستقیماً چیزی نشنیده‌اند.[۲]

از طریق شیعه نیز روایتی نقل شده است که علی(ع) مردی را که مرتکب قتل عمد زنی شده بود قصاص کرد همچنانکه زنی را به جرم قتل عمدی مردی قصاص نمود.[۳]

۲ـ چندین روایت از طریق شیعه عمدتاً از امام صادق(ع) و بعضاً از امام باقر(ع) نقل شده که در صورتی مرد به جرم قتل عمدی زن قصاص می‌شود که نصف دیه او پرداخته شود. در کتاب وسائل الشیعة، حدود ۹ روایت به این مضمون و به طرق مختلف از امام صادق(ع) نقل شده است. دو روایت هم به نحو مردّد از امام صادق(ع) یا امام باقر(ع) و سه روایت هم از امام باقر(ع) با مضمون فوق آمده است. همچنین روایتی دیگر از امام باقر(ع) بدین مضمون نقل شده است: مردی را نزد پیامبر (ص) آوردند که با چوب خیمه، زن حامله‌ای را به قتل رسانده بود، پیامبر (ص) اولیای دم را مخیّر کرد که یا پنج هزار درهم و مقداری هم اضافه به خاطر جنین بگیرند یا پنج هزار درهم به اولیای قاتل بپردازند و او را قصاص کنند.[۴] البته برخی از این روایات با اندك تفاوتی در عبارت از یك راوی مثل ابوبصیر یا ابو العباس از امام صادق(ع) یا امام باقر(ع) نقل شده است یعنی عملاً تعداد واقعی روایات کمتر از آن است که شمرده شده است.

۳ـ روایتی از امام صادق(ع) نقل شده است که مردی مرتکب قتل زنی شد و علی (ع)

---

۱. همان: «عن الحکم عن علی و عبدالله قالا: اذا قتل الرجل المرأة فهو بها قود.»

۲. همان.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۶۱: «عن السکونی عن ابی عبدالله(ع) ان امیر المومنین(ع) قتل رجلا بامرأة قتلها عمداً، و قتل امرأة قتلت رجلا عمداً.»

۴. همان، ص۵۹ تا ۶۳.

حکم به قصاص ننمود بلکه صرفاً دیه را مقرر نمود.[۱]

۴ـ روایتی هم از امام باقر(ع) نقل شده که در مورد زنی که مرتکب قتل عمد مردی شده بود فرمود: باید به قتل برسد و در عین حال ولی او نصف دیه را به خانواده مقتول بپردازد.[۲]

دو روایت اخیر مورد توجه و عمل فقها قرار نگرفته است و آنها را به گونه‌ای تفسیر نموده یا به عنوان روایت شاذّ و غیرقابل عمل، طرد کرده‌اند، ولی عموماً فقهای شیعه به روایاتی که قصاص مرد را در برابر قتل زن با دادن نصف دیه از سوی اولیای مقتوله مجاز می‌دانند، عمل کرده و به همین طریق فتوی داده‌اند.

نتیجه

در این بررسی کوتاه و نه چندان عمیقی که به عمل آمد، ملاحظه شد که از آیات شریفه قرآن در باب قصاص نمی‌توان تبعیض و تفاوت بین زن و مرد در مسأله قصاص استنباط کرد، بلکه ظاهر آیه ۴۵ سوره مائده که به طور صریح و مطلق، نفس را در برابر نفس قرار داده تساوی هر دو جنس را در این مسأله می‌رساند. آیه ۱۷۸ سوره بقره نیز نه منطوقاً و نه مفهوماً تفاوت بین زن و مرد را در امر قصاص نمی‌رساند، بلکه به شرحی که قبلاً ذکر شد، در مقام محدود کردن قصاص به فرد قاتل، با قطع نظر از جنسیت و حالت بردگی یا آزادی است. همان‌طور که البته در مورد دیه نیز در قرآن تفاوتی بین زن و مرد گذاشته نشده است. توجیه عقلی و منطقی قابل قبولی نیز برای تفاوت گذاشتن بین زن و مرد در امر قصاص وجود ندارد. روایاتی هم از طرق عامه و شیعه از پیامبر اکرم(ص) و حضرت علی(ع) و سیره عملی آنها نقل شده که هریك از زن و مرد که مرتکب قتل عمد دیگری بشوند، قصاص می گردند. اکثر قریب به اتفاق فقهای اهل سنت نیز همین نظر را دارند.

از سوی دیگر روایات متعددی از امام باقر و امام صادق علیهما السلام نقل شده که قصاص مرد در برابر زن موکول به پرداخت نصف دیه مرد به قاتل یا اولیای او می‌باشد، اگر

---

۱. همان، ص ۶۲: «عن جعفر(ع) ان رجلا قتل امرأة فلم یجعل علی(ع) بینهما قصاصا و الزمه الدّیة.»

۲. همان و تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج ۱۰، ص ۱۸۳: «عن ابی جعفر (ع) قال: فی امرأة قتلت رجلا قال: تقتل و یؤدّی ولیها بقیة المال.»

این روایات صحیح و تبعیت از حکم آنها برای همه زمانها تعبّدی باشد، ناچار باید تفاوت بین مرد و زن را در امر قصاص پذیرفت. ولی از یك سو توجه به معنای مستفاد از آیات ۱۷۸ سوره بقره و ۴۵ سوره مائده و مخالف بودن این روایات با آیات قرآنی و عدم اطمینان به صحّت روایات منقوله و قابل بحث بودن قبول تعبدی روایات و از سوی دیگر، امکان تأثیر مقتضیات زمان، عمل کردن به این روایات را مشکل می نماید. بنابر این عمل به مفاد آیات قرآنی به شرحی که در فوق ذکر شد، قویّ به نظر می رسد.

در بین فقهای امامیه معاصر آیت اللّه حاج شیخ یوسف صانعی خرق اجماع نموده و با ردّ و طرح روایاتی که ناظر بر لزوم رد نصف دیه از جانب اولیای زن برای قصاص مرد قاتل هستند به لحاظ مغایرت آنها با حکم قرآن کریم، معتقد است در صورت قتل عمد، مرد در برابر زن قصاص می شود بدون اینکه الزامی بر ردّ نصف دیه وجود داشته باشد، ایشان می گوید آیه ۴۵ سورهٔ مائده به صراحت می گوید: «جان در برابر جان گرفته می شود (و کتبنا علیهم فیها انّ النّفس بالنّفس...)» به روشنی و بدون هیچ گونه تفسیر و تفصیلی بر تساوی در قصاص دلالت دارد و الزام اولیای زن مقتوله بر ردّ نصف دیه برای قصاص مرد قاتل چنانکه مفاد روایات فوق الذکر و فتاوی فقهاست مخالف و مغایر این آیه قرآنی است علاوه بر اینکه قائل شدن به تفاوت در امر قصاص بین زن و مرد بدون شك ظلم به زن و تحقیر ارزش وجودی اوست و در آیات متعدد قرآنی ظلم کردن و حکم ظالمانه مقرر کردن از سوی خداوند متعال نفی شده است و چون روایات مزبور مغایر با قرآن است هر چند از لحاظ سند هم ضعیف نباشند نمی توانند مورد استناد قرار گیرند[۱] و باید بر مبنای دلالت روشن آیات قرآنی به ویژه آیه ۴۵ سوره مائده قایل به عدم تفاوت در امر قصاص در قتل عمد بین زن و مرد شد.[۲]

---

۱. بنگرید عین عبارت آیت اللّه صانعی را در این خصوص: «... لکن الاعتماد و علی تلك النصوص و الاستدلال بها فی مثل المسألة مع مالها من التمامیة سندا او دلالة مشکل، بل ممنوع، فضلا عن غیرها من الوجوه المذکورة و ذالك لما فی هذه الاخبار و النصوص من المخالفة للکتاب و السنّة و العقل و القواعد المسلّمة من الاسلام» فقه الثقلین، کتاب القصاص، ص ۱۶۴.

۲. برای ملاحظه کامل استدلال و نظرات آیت اللّه صانعی بنگرید کتاب فقه الثقلین، پیشین، صص ۱۶۳ تا ۱۷۶.

بررسی تفاوت دیه زن و مرد
در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن

مقدمه

همانگونه که در مبحث پیشین اشاره شد در حالی که امروز در سطح بین‌المللی تلاش گسترده‌ای برای برقراری تساوی حقوق بین زن و مرد در همه زمینه‌ها صورت می‌گیرد و در اسناد بین‌المللی حقوق بشری بویژه کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان بر لغو و یا اصلاح قوانینی که مقررات تبعیض آمیز علیه زنان دارند تأکید شده است، در قانون مجازات اسلامی ایران که پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران تدوین و تصویب گردیده، و اجرا می‌شود مقررات متفاوتی نسبت به زن و مرد وجود دارد که هرچند برخی از آنها نسبت به زن جنبه حمایتی دارد ولی برخی هم بظاهر تبعیض‌آمیز به نظر می‌رسد و جا دارد که مورد بحث و تجزیه و تحلیل و نقادی قرار گیرد و بخصوص چون این مقررات براساس مبانی اسلامی و موازین فقهی تنظیم شده، لازم است این مبانی مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد و احیاناً نظرات اصلاحی جدیدی ارائه گردد.

به نظر می‌رسد، مهمترین تفاوتهایی که در قانون مجازات اسلامی در مورد زن و مرد وجود دارد چهار مورد است که عبارتند از: زمان مسئولیت کیفری، میزان اعتبار شهادت، نحوه اجرای قصاص و دیه.

در این مقاله و این مبحث پیرامون تفاوتهای موجود در قانون مجازات اسلامی در میزان دیه زن و مرد و مبانی فقهی آن بحث خواهیم کرد.

مبحث اول: دیه و مقدار آن در مورد زن و مرد

قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۲، مجازاتهای مقرر در قانون مزبور را پنج قسم دانسته که عبارتند از: حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده. بنابراین دیه یکی از انواع مجازات که بر مجرم اعمال می‌شود، به حساب آمده و ماده ۱۵ همان قانون دیه را به این صورت تعریف کرده است: «دیه، مالی است که از طرف شارع برای جنایت تعیین شده است.»

دو عنوان دیگر هم در کنار دیه ذکر می‌شود که عبارت است از ارش و حکومت.

قانون مجازات اسلامی در موارد مختلفی از محکوم شدن جانی به ارش سخن گفته است و در ماده ۴۹۵ در مقام بیان مفهوم ارش، گفته است:

«در کلیه مواردی که به موجب این قانون ارش منظور گردیده با در نظر گرفتن دیه کامله انسان و نوع و کیفیت جنایت، میزان خسارت وارده طبق نظر کارشناس تعیین می‌شود.»

عنوان **حکومت** در برخی کتابهای فقهی همراه ارش و به معنای آن به کار رفته است و گاهی هم به معنای حکم قاضی به پرداخت مبلغی خسارت با مصالحه طرفین و یا با نظر خود برای حل قضیه استعمال شده است. مثلاً امام خمینی(ره) در کتاب **تحریرالوسیله** می‌فرماید عنوان ارش یا حکومت به یك معنا هستند و منظور این است که شخص صدمه دیده (در جایی که دیه مشخص برای جراحت او تعیین نشده) با فرض برده و مملوك بودن، یك بار در حال سلامت و کمال تقویم می‌شود و یك بار در حال مجروح بودن و صدمه مربوطه را داشتن ارزیابی می‌شود و مابه‌التفاوت بین آن دو قیمت با توجه به میزان دیه کل انسان به او پرداخت می‌شود. ولی اگر فرضاً تفاوت قیمتی وجود نداشته باشد، قاضی باید بر مبنای مصالحه صدمه دیده با مجرم یا به حکم و نظر خود در صورت عدم تصالح، مجرم را به پرداخت مبلغی در حق مصدوم محکوم نماید و در اینجا معنی حکومت با ارش فرق می‌کند.[۱]

قانون مجازات اسلامی مستقلاً از عنوان «حکومت» به مفهوم معادل ارش استفاده

---

۱. تحریرالوسیله، ج ۲، مسأله ۹ از مقصد سوم در کتاب دیات، ص ۵۹۶ و مسألهٔ ۴، ص ۵۹۳.

نکرده، و ارش را هم چنانکه گفتیم طبق ماده ۴۹۵ بدون اشاره به قیمت کردن انسان سالم و مجروح (که امروزه عملی نیست) تعریف کرده است. اما در برخی موارد از حکم قاضی برمبنای مصالحه یا نظر خود قاضی نام برده است مثلاً در ماده ۴۷۳ می گوید: «ارش جنایتی که باعث از بین رفتن صوت نسبت به بعضی از حروف شود باید با مصالحه معلوم گردد.» و در تبصره ماده ۴۷۴ می گوید: «هر گاه سلس و ریزش ادرار بعضی از روزها بوده و بعداً خوب شود جریمه آن با نظر حاکم تعیین می‌شود.»

به هر حال دیه و در کنار آن ارش و حکومت، که در قانون مجازات اسلامی به تبعیت از کتب فقهی در ردیف مجازاتها ذکر شده، محکومیت مالی است که بر شخص مرتکب قتل، یا جرح بار می‌شود، میزان و مقدار محکومیت مالی در مورد دیه در قانون مشخص است ولی ارش و حکومت، با مقایسه ارزش شخص سالم و مصدوم و مابه‌التفاوت آنها و در نظر گرفتن سقف دیه کل تعیین می‌شود و گاه نیز دادگاه میزان خسارت و مبلغی را که باید پرداخت شود تعیین می کند که به این مورد حکومت به معنای خاص آن اطلاق می‌شود.

علی‌الاصول، دیه در مورد قتل یا جرح غیر عمدی تعلق می گیرد ولی در صورت عمد هم ممکن است ولی دم یا مجنی علیه از قصاص بگذرد و به گرفتن دیه راضی شود که در این صورت قصاص به دیه تبدیل می‌شود. ماده ۲۵۷ قانون مجازات اسلامی می گوید: «قتل عمد موجب قصاص است لکن با رضایت ولی دم و قاتل به مقدار دیه کامله یا به کمتر یا زیادتر از آن تبدیل می‌شود.» قانون مجازات اسلامی میزان دیه را تعیین کرده است. ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی دیه قتل مرد مسلمان را یکی از امور ششگانه زیر: یکصد شتر، دویست گاو، یکهزار گوسفند، دویست دست لباس از حله‌های یمن، یکهزار دینار و ده هزار درهم تعیین کرده است و در مواد مختلف، دیه قطع یا نقص عضو هر یك از اعضای بدن نیز معین شده است.

قانون مجازات اسلامی در مورد میزان دیه زن بدین گونه عمل کرده است که دیه قتل زن را چه قتل عمدی و چه غیر عمدی نصف دیه مرد قرار داده است ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی می گوید: «دیه قتل زن مسلمان خواه عمدی خواه غیر عمدی نصف دیه مرد مسلمان است.»

و در مبحث مربوط به دیه سقط جنین نیز بند ۶ ماده ۴۸۷ مقرر می‌دارد: «دیه جنین

که روح در آن پیدا شده است اگر پسر باشد دیه کامل و اگر دختر باشد نصف دیه کامل و اگر مشتبه باشد سه ربع دیه کامل خواهد بود.»

ولی در خصوص دیه مربوط به جرح، قانون مجازات اسلامی راه دیگری را در پیش گرفته است نه به طور مطلق، همانند مورد قتل، دیه زن را نصف دیه مرد قرار داده و نه به طور کامل و مطلق دیه زن را با دیه مرد مساوی دانسته است بلکه تا یك میزان، دیه مرد و زن مساوی است و بیشتر از آن میزان، دیه زن نصف دیه مرد می‌شود. ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «دیه زن و مرد یکسان است تا وقتی مقدار دیه به ثلث دیه کامل برسد، در آن صورت دیه زن نصف دیه مرد است.»

همین روش را قانون مجازات در مورد قصاص عضو اتخاذ کرده است و ماده ۲۷۳ می گوید: «در قصاص عضو، زن و مرد برابرند و مرد مجرم به سبب نقص عضو یا جرمی که به زن وارد نماید به قصاص عضو مانند آن محکوم می‌شود، مگر اینکه دیه عضوی که ناقص شده ثلث یا بیش از ثلث دیه کامل باشد که در آن صورت زن هنگامی می‌تواند قصاص کند که نصف دیه آن عضو را به مرد بپردازد.»

بنابراین، از آنجا که طبق ذیل ماده ۴۲۴ قانون مجازات اسلامی دیه هر انگشت عُشر (یك دهم) دیه کامل است، دیه قطع سه انگشت زن ۳۰ شتر یا ۳۰۰ دینار است و چون به میزان ثلث دیه کامل نرسیده است با دیه مرد مساوی است ولی قطع چهار انگشت زن چون دیه‌اش از ثلث دیه کامل زیادتر می‌شود یعنی ۴۰ شتر یا ۴۰۰ دینار است، ۲۰ شتر یا ۲۰۰ دینار تعیین شده است یعنی نصف دیه مرد.

در برخی موارد هم قانون مجازات اسلامی بدون اینکه ضابطه و ملاك نصف بودن را رعایت کرده باشد بین دیه زن و مرد تفاوت گذاشته است، مثلاً ماده ۴۸۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه نیزه یا گلوله یا مانند آن در دست یا پا فرو رود در صورتی که مجنی علیه مرد باشد، دیه آن یکصد دینار و در صورتی که زن باشد، دادن ارش لازم است.»

در این مورد خاص، نه حکم به تساوی دیه زن و مرد شده نه بر مبنای نصف بودن دیه زن نسبت به مرد تعیین حکم شده است. تعیین میزان ارش برای زن ممکن است، حسب مورد بیشتر از صد دینار، یا معادل آن یا کمتر باشد.

مبحث دوم: مبانی حکم دیه و مقررات متفاوت آن در مورد زن و مرد در قانون مجازات

در قوانین عرفی امروز، ارتکاب قتل و جرح و ضرب، از یك سو، جنبه کیفری دارد و مجازات اعدام و حبس و جریمه نقدی و احیاناً کیفرهای دیگر بر آن مترتب است که عمدتاً جنبه عمومی دارد و حکومت به خاطر تجری مرتکب به نقض حریم جامعه و حقوق و منیت دیگران و با هدف تنبیه مجرم یا تأدیب او یا عبرت دیگران و پیشگیری و بازدارندگی و با همه آنها، وی را به مجازات متناسب طبق قانون محکوم می نماید. شکایت و پیگیری مجنی علیه یا گذشت و عدم تعقیب او می تواند از عوامل مشدده یا مخففه تعیین کیفر باشد و در موارد صدمات خفیف ممکن است به طور کلی موجب عدم پیگرد و یا موقوف ماندن پیگرد و اعمال مجازات نسبت به وی گردد.

غیر از این جهت مجازات، مجنی علیه یا اولیای او، از حق خصوصی درخواست زیان وارده به آنها در اثر جرم برخوردارند. طبق ماده ۱۲ قانون آئین‌دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری «هر گاه دادگاه متهم را مجرم تشخیص دهد مکلف است ضمن صدور حکم جزایی، حکم ضرر و زیان مدعی خصوصی را نیز طبق دلایل و مدارك موجود صادر نماید...»

طبق ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹: «اگر در اثر آسیبی که به بدن یا سلامتی کسی وارد شده در بدن او نقص پیدا شود یا قوه کار زیان دیده کم گردد و یا از بین برود و یا موجب افزایش مخارج زندگانی او بشود وارد کننده زیان مسئول جبران کلیه خسارات مزبور است...» و طبق ماده ۶ همان قانون در صورت مرگ آسیب دیده مرتکب باید کلیه هزینه‌ها از مخارج معالجه و هزینه کفن و دفن و نیز مخارج افرادی که نفقه آنها از سوی متوفی تأمین می شده است را در صورت مطالبه به حکم دادگاه تأدیه نماید. نظیر چنین مقرراتی در قوانین موضوعه دیگر کشورها اعم از اسلامی و غیر اسلامی وجود دارد و در محاکم عمل می شود.

در این قوانین علی الاصول زن بودن یا مرد بودن متهم یا مجنی علیه ملاك حکم قرار

نگرفته و تفاوت ماهوی در تعقیب و محاکمه و اعمال مجازات و تعیین خسارت ندارد. میزان خسارت ناشی از جرم نیز حسب مورد با در نظر گرفتن جهات مختلف به وسیله دادگاه تعیین می‌شود. البته در تعیین خسارت ممکن است با توجه به نقش و تأثیر مجنی علیه، زن و مرد بودن او هم مؤثر باشد ولی نه به عنوان یك قاعدهٔ ثابت و فراگیر.

قانون مجازات اسلامی بر مبنای احکام فقهی و فتاوی فقهاء به جای ضرر و زیان ناشی از جرم قتل یا جرح و ضرب، دیه را مقرر نموده که میزان ثابت و تعیین شده‌ای است و در برخی موارد هم میزان آن را دادگاه تعیین می‌کند و در عین حال این محکومیت مالی هم مجازات و هم جبران زیان وارده به مجنی علیه را تشکیل می‌دهد.

تعیین دیه زن به اندازه نصف دیه مرد نیز که در قانون مجازات مقرر شده طبعاً بر مبنای حکم فقهی و نظر فقهاست. و لذا ابتدا اشاره‌ای به نظر فقهاء در این زمینه می‌نماییم و آنگاه مبانی این نظر فقهی را بیان خواهیم کرد.

۱ـ نظر فقهاء در مورد دیه زن و مرد

گفته شده است که اجماع فقهاء بر نصف بودن دیه قتل زن نسبت به مرد وجود دارد و ادعا شده که بر این امر بین فقهای شیعه و حتی فقهای اهل سنت اتفاق وجود دارد. صاحب جواهر می‌گوید: اشکال و اختلافی نه در نص و نه در فتوی بر نصف بودن دیه زن نسبت به مرد وجود ندارد، اجماع بر این امر قائم است و اخبار مستفیض و یا متواتر نیز در این باب وجود دارد بلکه مسلمین بر این امر متفق‌اند، فقط از دو نفر به نامهای ابن علیه و اصم نقل شده است که گفته‌اند دیه زن مثل دیه مرد است.[۱]

---

۱. جواهرالکلام، شیخ محمدحسن نجفی، ج ۴۳، ص ۳۲: «... فلا خلاف و لااشکال نصّاً و فتوی فی انّ دیة المرأة الحرّة المسلمة... علی النّصف من جمیع الاجناس المذکورة فی‌العمد و شبهه و الخطاء بل الاجماع بقسمیه علیه بل المحکی منها مستفیض او متواتر کالنصوص بل هو کذالك من‌المسلمین کافّة الا من ابن علیة والاصّم فقالاهی کالرجل و قد سبقهما الاجماع و لحقهما بل لم یعتدّ بخلافهما من حکی اجماع الامّة غیر مشیرالیهما.»

همچنین ر.ك: مبانی تکملة المنهاج، آیت‌الله خوئی، ج ۲، ص ۲۰۵، مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۵، ص ۳۲۲ و شرح لمعه، ج ۱۰، ص ۱۸۹، کتاب مقنعه، ص ۷۳۹ و دیگر کتب معتبر فقهی شیعه.

فقهای اهل سنت نیز عموماً همین نظر را دارند و آن را به عنوان یك امر مورد اتفاق نقل کرده‌اند، عبدالقادر عوده در کتاب **التشریع الجنائی** می گوید:

فقهاء براین امر اتفاق دارند که دیه زن نصف دیه مرد است.[۱] ابن قدامه صاحب کتاب **المغنی** نیز می گوید:

«دیه زن مسلمان نصف دیه مرد مسلمان است و اهل علم براین امر اتفاق دارند فقط از ابن علیه و ابوبکر اصم نقل شده که گفته‌اند دیه زن مثل دیه مرد است زیرا پیامبر (ص) به طور مطلق فرمود دیه نفس مؤمن صد شتر است، ابن قدامه می گوید ولی این قول شاذی است که مغایر اجماع صحابه و سنت پیامبر (ص) است».[۲]

در دیگر کتابهای فقهی اهل سنت نیز بر همین روال دیه زن نصف دیه مرد ذکر شده است.[۳]

۲ـ تساوی دیه زن و مرد از نظر برخی از فقهای معاصر

به غیر از ابن علیه و اصم از فقیهان اهل سنت که آن گونه که از آنها نقل شده[۴]، معتقد بودند اطلاق عبارت پیامبر اکرم(ص) که دیه نفس مؤمنه صد شتر است مستلزم تساوی زن و مرد در دیه نفس می‌باشد، برخی از فقهای معاصر نیز بدین سمت گرایش پیدا کرده و به تساوی زن و مرد در دیه اظهار نظر کرده‌اند. از بین فقیهان صاحب فتوا و رساله تا آنجا که ما اطلاع داریم آیت‌الله حاج شیخ یوسف صانعی براین امر فتوی داده است. نامبرده در پاسخ استفتایی که از ایشان در مورد تفاوت دیه زن و مرد شده است پاسخ داده: «به نظر اینجانب دیه خطا و شبه عمد زن با مرد مساوی است قضاءً لا طلاق ادلة الدیة و عدم دلیل بر تقبید...»[۵]

---

۱. التشریع الجنائی، ج ۱، ص ۶۶۹ و ج ۲، ص ۱۸۲.
۲. المغنی، ابن قدامه، ج ۷، ص ۷۹۷.
۳. از جمله ر.ك: الفقة علی المذاهب الاربعة، عبدالرحمن الجزیری، ج ۵، ص ۳۷۱ و شرح فتح القدیر، امام کمال الدین محمدبن عبدالواحد، ج ۹، ص ۲۱۰.
۴. الفقه الاسلامی و ادلّته، دکتر وهبة زحیلی، ج ۶، ص ۳۱۰.
۵. توضیح المسائل، آیت‌الله صانعی، چاپ ۱۷، زمستان ۱۳۷۷، ص ۵۱۵.

مرحوم مقدس اردبیلی نیز در کتاب **مجمع الفائدة والبرهان** مسأله نصف بودن دیه زن را به گونه‌ای طرح کرده است که گویی چندان اعتقادی به استحکام دلایل آن ندارد. وی در شرح عبارت علامه در کتاب ارشاد که دیه زن نصف دیه مرد است می گوید: «گویا دلیل آن اجماع و اخبار است که قبلاً از آنها یاد شده.»[1]

۳ـ نظرات مختلف فقهاء در مورد دیه اعضاء

فقهای شیعه عموماً در مورد دیه اعضاء همانند حکم مقرر در قانون مجازات اسلامی براین باورند که دیه زن و مرد تا وقتی دیه به حد ثلث دیه کامل برسد مساوی است و وقتی از ثلث تجاوز کرد، دیه زن نصف دیه مرد یا به تعبیر دیگری دیه مرد، دو برابر دیه زن می‌شود.[2]

در بین فقهای شیعه ما سراغ نداریم کسی قائل به تساوی دیه زن و مرد به طور کلی یا نصف بودن دیه زن نسبت به مرد در همهٔ مراحل یعنی حتی کمتر از ثلث باشد. البته این معنی از سوی برخی از فقهاء مطرح شده که اگر مرتکب جنایت جرح و نقص عضو، زن باشد یعنی هم جانی و هم مجنی علیها هر دو زن باشند آیا در اینجا هم تا حد ثلث، باید معادل دیه مرد به زن داده شود یا چون مرتکب جنایت زن است از همان ابتدا نصف دیه تعلق می گیرد. یعنی مثلاً اگر زنی يك انگشت زن دیگر را قطع کند آیا باید ۱۰ شتر به عنوان دیه بدهد یا ۵ شتر، چنانکه گفتیم اگر مردی تا سه انگشت زنی را قطع کند باید دیه را مطابق دیه‌ای که به مرد تعلق می گیرد بدهد، یعنی ۱۰، ۲۰ و ۳۰ شتر بدهد ولی اگر چهار انگشت را قطع کرد از آنجا به بعد دیه زن نصف می‌شود و حال بحث براین است که اگر جانی زن باشد باز همان روال حاکم است یا در این صورت از همان ابتدا نصف دیه داده می‌شود؟ علامه در کتاب ارشاد می‌گوید از این حیث فرقی نمی کند جانی زن باشد یا مرد (سواء کان الجانی رجلاً او امراة ففی ثلث اصابع ثلاثماة و فی اربع

---

۱. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، احمد مقدس اردبیلی، ج ۱۴، ص ۳۲۲.

۲. مبانی تکملة المنهاج، خوئی، ج ۲، ص ۳۱۷، ارشاد الاذهان، علامه حلی:«و تساوی المرأة و الرجل فی دیات الاعضاء و الجراح حتّی یبلغ ثلث دیة الرّجل ثم یصیر علی النّصف» مجمع الفائدة و البرهان، پیشین، ص ۴۶۷، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۳۵۲ و سایر کتب فقهی.

مائتان)[۱] و در قواعد[۲] «در این امر تردید نموده و گفته است: «زن و مرد از لحاظ دیه و قصاص در اعضاء با هم مساوی‌اند تا مقدار دیه به ثلث برسد وقتی به ثلث رسید دیه زن نصف مرد می‌شود، خواه جانی زن باشد یا مرد با اشکال در جائی که جانی زن است»».

برخی از فقهاء از جمله مقدس اردبیلی در کتاب **مجمع الفائدة والبرهان** معتقدند اگر مرتکب جنایت زن باشد علی الاصول از همان ابتدا دیه اعضای زن نصف دیه مرد است، یعنی همان‌طور که گفته شد اگر زنی مثلاً انگشت زن دیگری را قطع کند در یك انگشت ۵ شتر، در دو انگشت ۱۰ شتر، در سه انگشت ۱۵ شتر و در چهار انگشت ۲۰ شتر و به همین ترتیب در همه مراحل معادل نصف دیه مربوط به مرد را باید بپردازد و می گویند حکم مربوط به یکسان بودن دیه زن و مرد در مورد اعضای بدن تا میزان ثلث دیه خلاف قاعده است و باید منحصراً در موردی که دلیل خاصی برای آن وجود دارد اجرا شود و دلیل هم که عبارت از برخی احادیث است ناظر به موردی است که جانی مرد باشد، ولی در جائی که جانی زن باشد، دلیلی بر خروج از اصل و قاعده نصف بودن دیه زن نسبت به مرد نیست و باید در هر حال نصف دیه پرداخت شود.[۳]

۴ـ نظر فقهای اهل سنت در مورد دیه اعضاء

فقهای اهل سنت در مورد دیه اعضای زن نظرات مختلفی دارند؛ بسیاری از آنها همانند فقیهان شیعه دیه زن را تا حد ثلث با مرد مساوی می‌دانند و از ثلث بیشتر معتقد

---

۱. متن ارشاد در **مجمع الفائدة و البرهان**، پیشین، ص ۴۶۷، همچنین ر.ك: **مبانی تکملة المنهاج**، خوئی، ج ۲، ص ۳۲۰، کلام محقق در شرایع و شهید ثانی در **مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۱۵، ص ۴۶۶، **تحریرالوسیله**، امام‌خمینی، ج ۲ ،ص ۵۳۷.

۲. متن قواعد در کتاب **ایضاح القوائد** فخرالمحققین، ج ۴، ص ۷۱۵ «... سواء کان الجانی رجلا او امرأة علی اشکال فی المرأة».

۳. **مجمع‌الفائدة و البرهان**، مقدس اردبیلی، پیشین، ص ۴۷۱: «ولکن الذی یظهر انّه ینبغی عدم التردد و الجزم بالتسویة، فانّ الحکم مخالف للقواعد کما عرفت و لیس فی المرأة دلیل، لاختصاص الدلیل بالرجل کما سمعت و بطلان القیاس خصوصاً هنا علی ما عرفت، فایّ شیئی یقتضی التردّد کما فعله فی القواعد و الحکم بالتسویة بین کون الجانی رجلا او امرأة کما فعله هنا وهو ظاهر».

به نصف بودن دیه هستند ولی برخی هم اصولاً دیه مربوط به اعضای زن را در هر مرحله نصف دیه مرد می‌دانند. از جمله حنفی‌ها دیه زن را در هر حال نصف دیه مرد می‌دانند ولی احمد حنبل و مالك معتقدند دیه زن تا ثلث با دیه مرد برابر است و از ثلث به بعد نصف می‌شود[۱]؛ شافعی‌ها نیز به نقل عبدالقادر عوده در کتاب التشریع الجنائی[۲] و نیز عبدالرحمن الجزیری در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه[۳] به طور مطلق قائل به نصف بودن دیه زن نسبت به مرد هستند. البته قولی هم نقل شده است که امام شافعی به تبعیت از زید بن ثابت و بر مبنای روایتی که در این زمینه از پیامبر اکرم(ص) نقل شده دیه زن را تا ثلث با مرد یکسان و از ثلث به بالا نصف مرد می‌داند.[۴]

مبحث سوم: مبانی فقهی حکم نصف بودن دیه زن

برای پی بردن به مبنا و منبع اسلامی این حکم باید قرآن و سنت و حکم عقلی یا توجیه عقلی را ملاحظه و مورد بررسی قرار داد:

الف- حکم دیه در قرآن

در قرآن کریم فقط در یك آیه از دیه، نام برده شده است و در این آیه هم اسمی از زن و مرد و تفاوت دیه آنها به میان نیامده و البته مقدار دیه هم تعیین نشده است. خلاصه مفاد آیه ۹۲ سوره نساء این است که اگر کسی مؤمنی را از روی خطا به قتل رساند، باید یك برده آزاد کند (کفاره) و دیه‌ای نیز به خانواده مقتول بدهد، همچنین اگر غیر مسلمانی که با مسلمانان پیمان دارد از روی خطا به قتل برسد، باید دیه او را پرداخت نماید (و ما کان لمؤمن

۱. التشریع الجنائی، پیشین، ص ۶۶۹.
۲. التشریع الجنائی، همان.
۳. الفقه علی المذاهب الاربعه، پیشین، ج ۴، ص ۳۷۱.
۴. منابع پیشین و مغنی. ابن قدامه، ج ۷، ص ۷۹۸.

ان یقتل مؤمنا الا خطأً و من قتل مؤمنا خطأً فتحریر رقبة مؤمنة و دیة مسلمة الی اهله الا ان یصدّقوا فان کان من قوم عدولکم و هو مؤمن فتحریر رقبة مؤمنة و ان کان من قوم بینکم و بینهم میثاق فدیة مسلمة الی اهله و تحریر رقبة مؤمنة فمن لم یجد فصیام شهرین متتابعین توبة من الله و کان الله علیماً حکیما ـ نساء / ۹۲)

در این آیه از قرآن مقرر شده است که اگر فرد مسلمانی یا کسی که با مسلمین پیمان دارد از روی خطا و غیر عمد به قتل رسید، به غیر از کفاره که آزاد کردن برده است باید دیه‌ای به خانواده مقتول پرداخت شود. شأن نزول آیه را هم عموم مفسرین گفته‌اند در مورد مردی است که شخص مسلمان شده‌ای را به خیال اینکه همچنان کافر است به قتل رسانده و بعد که خبر به پیامبر (ص) رسید ناراحت شد و آیه نازل شد که باید دیه پرداخت گردد.[۱] در این آیه از قرآن کریم که از دیه نام برده شده فقط دیه نفس یعنی دیه مربوط به کشتن انسانی به‌صورت خطا ذکر شده است و میزان دیه هم تعیین نشده بلکه همین اندازه مقرر شده که مبلغی به عنوان دیه باید به خانواده مقتول پرداخت شود. در این آیه نه میزان دیه تعیین شده و نه تصریحاً تفاوت بین زن و مرد از لحاظ مقدار دیه ذکر شده است، البته لفظ بکار رفته در مورد مقتول به صورت مذکر (و من قتل مؤمنا...) آمده و شأن نزول آیه هم در موردی است که کسی مردی را به قتل رسانده بود، ولی پیدا است این نوع بیان نمی تواند دلیل باشد بر اینکه عنایت قرآن فقط به مرد بوده و زنان مشمول حکم نیستند، در این گونه خطابات اگر لفظ مذکر هم به کار رفته منظور جنس است و علی القاعده شامل زن و مرد می گردد مگر اینکه قرینه خاصی دلالت بر این اختصاص نماید.

نظر صاحب تفسیر المنار: سید محمدرشید رضا صاحب تفسیر المنار می گوید:

«در قرآن دیه به طور مطلق و بصورت نکره آمده و ظاهرش آن است که هر مقدار خانواده مقتول را راضی کند کافی است ولی سنت (روایات) میزان دیه را تعیین کرده و بدان گونه که

[۱]. ر.ک: المیزان، ج ۵، ص ۴۱: نقل شده حارث بن یزید، عیّاش ابن ابی ربیعه را که مسلمان شده بود، شکنجه و آزار داده بود، بعدها حارث مسلمان شده و به سوی پیامبر (ص) هجرت می کرد که درمحلی عیاش او را دید و با این پندار که همچنان کافر است او را به قتل رساند سپس نزد پیامبر آمد و جریان را نقل کرد که آیه فوق نازل شد. به همین مضمون ر.ک: المنار، از محمد رشید رضا، ج ۵، ص ۳۳۲ و مجمع البیان، طبرسی، ج ۳ـ۴ ص ۱۳۸.

معروف و مقبول نزد عرب بوده، مقدار آن را مشخص کرده است و به هر حال اجماع مسلمین است که دیه مرد مسلمان آزاد یکصد شتر است و دیه زن نیز نصف دیه مرد است. ولی ظاهر آیه این است که فرقی بین زن و مرد نیست.»[1]

در قرآن کریم از دیه اعضاء هم ذکری به میان نیامده است و چنانکه در قسمت بعد خواهیم گفت منبع تعیین دیه در مورد نفس و اعضاء و تفاوت بین زن و مرد، روایات است.

ب ـ وضع دیه در روایات

در روایات مختلف منقوله از پیامبر اکرم(ص) و ائمه اطهار، از یك سو میزان دیه تعیین شده و از سوی دیگر مقدار دیه زن و نصف بودن آن نسبت به دیه مرد در برخی از آنها ذکر شده است. بدین معنی که در برخی از روایات به طور مطلق دیه قتل انسان (دیه نفس) و نیز دیه اعضاء و جراحات وارده بر انسان ذکر شده و در بعضی از روایات منقوله نیز تصریح شده به اینکه دیه زن نصف دیه مرد است. ابتدا روایات مربوط به دیه نفس ذکر می‌شود.

۱ـ دیه قتل بر طبق روایات

در روایات مختلفی که از طرق شیعه و سنی نقل شده آمده است که حضرت رسول(ص) دیه قتل انسان را صد شتر قرار داده که در عرف مردم عربستان قبل از اسلام وجود داشته و پیامبر(ص) آن را پسندیده است. به بعضی از این روایات اشاره می‌شود.

در روایتی از امام باقر(ع) نقل شده که فرمود در بین وصایای پیامبر(ص) به حضرت علی(ع) آمده است که فرمود: یا علی عبدالمطلب در جاهلیت پنج سنت را رایج کرده بود که خداوند آنها را در اسلام تثبیت کرد یکی از آنها این بود که دیه قتل انسان را صد شتر قرار داد و همین نیز در اسلام پذیرفته شد.[2]

در روایت دیگر از عبدالرحمن حجاج نقل شده که گفت از ابن ابی لیلی(از علمای اهل سنت) شنیدم که می‌گفت: دیه در جاهلیت صد شتر بود و پیامبر(ص) همان را تثبیت

---

۱. المنار، پیشین، ص ۳۳۲.

۲. وسائل الشیعه، شیخ حرّ عاملی، ج ۱۹، ص ۱۴۵: «یا علی انّ عبدالمطّلب سنّ فی الجاهلیة خمس سنن اجراها الله له فی الاسلام الی ان قال: و سنّ فی القتل ماة من الابل فاجری الله ذالك فی الاسلام.»

کرد و سپس مقرر فرمود کسانی که گاو دارند دویست گاو و کسانی که گوسفند دارند هزار گوسفند و کسانی که پول طلا یا نقره دارند یکهزار دینار یا ده هزار درهم بدهند و بر اهالی یمن مقرر داشت که دویست دست لباس (حله یمانی) بدهند. عبدالرحمن بن حجاج می گوید این روایت ابن ابی لیلی را به امام صادق(ع) عرضه کردم و از صحت و سقم آن پرسیدم امام(ع) فرمود: حضرت علی علیه‌السلام می گفت: دیه، هزار دینار است و قیمت هر دینار ده درهم و بنابراین مقدار دیه ده هزار درهم است، برای ساکنین شهرها ولی بادیه‌نشینان باید صد شتر بدهند و روستائیان صد گاو (احتمالاً صحیح آن دویست گاو است) یا هزار گوسفند باید بدهند.[۱]

از طریق اهل سنت نیز نقل شده است که پیامبر(ص) دیه قتل را صد شتر قرار داده است. در بسیاری از کتب اهل سنت منبع اصلی صدور این کلام از پیامبر اکرم(ص) نامه پیامبر به عمرو بن حزم است هنگامی که او را به یمن فرستاد و از او خواست احکام و مقررات را به مردم ابلاغ نماید. در نامه مأموریت عمروبن حزم احکام چندی ذکر شده و از جمله طبق برخی نقل‌ها آمده است که: دیه نفس صد شتر است (و ان فی النفس الدیة مأة من الابل) در بسیاری از کتب فقهی اهل سنت این معنی نقل شده که در نامه عمروبن حزم چنین جمله‌ای وجود دارد.[۲]

ولی البته کتاب عمرو بن حزم در مصادر و منابع مختلف حدیثی و تاریخی با عبارات گوناگون نقل شده است و چنانکه بعداً نیز به آن خواهیم پرداخت، در بسیاری از نقل‌ها حکم دیه ذکر نشده است. از جمله دو منبع مهم تاریخی که کتاب عمروبن حزم را نقل کردند یعنی سیره ابن هشام و تاریخ طبری، بسیاری از احکام و مطالب در آن نقل شده ولی عبارتی در

---

۱. وسائل الشیعه، پیشین، ص ۱۴۲: «... عن عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت ابن ابی لیلی یقول: کانت الدیة فی الجاهلیة مأة من الابل فاقرها رسول الله (ص) ثمّ انّه فرض علی اهل البقر مائتی بقرة و فرض علی اهل الشاة الف شاة ثنیة و علی اهل الذهب الف دینار و علی اهل الورق عشرة الف درهم و علی اهل الیمن الحلل مائتی حلة، قال عبدالرحمن بن الحجاج؛ فسألت اباعبدالله(ع) عمار وی ابن ابی لیلی فقال: کان علی (ع) یقول: الدیّة الف دینار و قیمة الدینار عشرة دراهم و عشرة آلاف لاهل الامصار و علی اهل البوادی مأة من الابل و لاهل السواد مأة بقرة او الف شاة».

۲. از جمله ر.ک: مغنی، ابن قدامه، ج ۷، ص ۷۹۷، الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۵، ص ۳۷۱، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۳۰۲ و التشریع الجنائی، پیشین، ج ۲، ص ۱۸۲.

مورد میزان دیه نقل نشده است.[۱] ولی در موطا مالك قسمتی از نامه عمروبن حزم بدین گونه نقل شده است که عبدالله بن ابی‌بکر بن محمدبن عمروبن حزم از پدرش نقل کرده که در نامه‌ای که پیامبر(ص) برای عمروبن حزم نوشته در رابطه با احکام دیه آمده است: دیه نفس صد شتر است......[۲]

ولی به هر حال در روایات دیگری هم از طریق اهل سنت نقل شده که پیامبر(ص) دیه قتل را صد شتر قرار داد مثلاً نقل شده است که پیامبر(ص) در ضمن خطبه‌ای که روز فتح مکه ایراد کرد از جمله فرمود: دیه قتل خطایی صد شتر است (الا انّ قتیل الخطاء قتیل السوط و العصافیه مأة من الابل).[۳]

و اما در خصوص نصف بودن دیه قتل زن نسبت به مرد از طرق شیعه روایاتی وارد شده است از جمله صاحب وسائل الشیعه می گوید در ضمن حدیثی که عبدالله بن مسکان از امام صادق(ع) نقل کرده آمده است که: دین زن نصف دیه مرد است.[۴] و چند روایت نیز به این مضمون از امام صادق(ع) و امام باقر(ع) نقل می کند، در مورد مردی که زنی را به قتل رسانده فرموده‌اند: خانواده زن می توانند قاتل را قصاص کنند و نصف دیه را به خانواده مرد بپردازند و یا از قصاص بگذرند و نصف دیه را از او بگیرند.[۵]

اهل سنّت نیز به روایاتی منقول از بعضی از اصحاب و علی(ع) استناد کرده‌اند که دیه زن را نصف دیه مرد دانسته‌اند. مثلاً از معاذ نقل شده است که :دیه زن نصف دیه مرد است یا از حضرت علی(ع) روایت شده که : دیه زن نصف دیه مرد است هم در نفس و هم در اعضاء.[۶]

---

۱. سیره ابن هشام، ج ۴، ص ۲۴۱ که ظاهراً نامه را به عنوان نامه کامل نقل نموده و احکامی در مورد حج و نماز و زکوة و غیره دارد ولی راجع به دیه صحبتی به میان نیامده است و نیز تاریخ طبری، ج ۲، ص ۳۸۷ که او هم به همان روال به نظر می‌رسد تمام نامه را نقل کرده ولی از دیه سخن در آن نرفته است.

۲. الموطأ، امام مالك بن انس، ج ۲، ص ۸۴۹.

۳. سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۸۷۸.

۴. وسائل الشیعه، پیشین، ص ۱۵۱.

۵. همان.

۶. الفقه الاسلامی و ادلّته، وهبه زحیلی، پیشین، ص ۳۱۰: «عن معاذ: دیة المرأة نصف دیة الرجل، یا: عن علی(ع): عقل المرأة علی النصف من عقل الرجل فی النفس و فیما دونها...»

و می گویند از صحابه‌ای چون عمر، علی(ع)، عثمان، ابن‌عمر، ابن‌مسعود، ابن‌عباس و زیدبن ثابت نقل شده که گفته‌اند دیه زن نصف دیه مرد است و به نوعی اجماع صحابه بر نصف بودن دیه زن نسبت به مرد وجود دارد.[۱]

ابن‌قدامه نیز در کتاب المغنی می گوید: از علی(ع) نقل شده که فرمود، دیه زن در همه حال نصف دیه مرد است و همین نظر را ابن‌سیرین، و ثوری و لیث و ابن‌ابی لیلی و شبرمه اظهار داشته‌اند و ابوحنیفه و اصحاب او نیز بر این قولند.[۲]

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعة به نقل از سنن بیهقی آمده است که پیامبر (ص) فرمود: دیه زن نصف دیه مرد است.[۳]

بنا به نقل ابن قدامه در کتاب المغنی در نامه عمروبن حزم پیامبر اکرم(ص) فرموده است: دیه زن نصف دیه مرد است. وی در مقام رد نظر دو تن از فقهای عامه به نامهای ابن‌علیه و ابی‌بکر اصمّ که قائل به تساوی دیه زن و مرد بودند می گوید: آنان برای نظر خود استناد به حدیث پیامبر(ص) مندرج در نامه عمروبن حزم کرده‌اند که به طور مطلق فرمود دیه نفس مؤمن صدشتر است و این اطلاق، زن و مرد را شامل می‌شود ولی پیامبر(ص) در همان حدیث فرمود دیه زن نصف دیه مرد است و طبعاً این جمله بعدی عام اول را تخصیص می‌زند و مطلق را مقید می کند.[۴]

وضعیت نامه عمروبن حزم در مورد بیان حکم دیه زن: ظاهراً مهمترین مستند حدیثی که از پیامبر اکرم (ص) در مورد نصف بودن دیه زن نقل شده همانا، کتاب عمروبن حزم یا نامه و دستورالعملی است که پیامبر(ص) به هنگام فرستادن وی به مأموریت یمن نوشته است و در آن برخی از احکام و مقررات شریعت بیان شده و از جمله دیه قتل، صد شتر و دیه زن نصف دیه مرد ذکر شده است. ولی با تتبعی که در مأخذ نقل این نامه به عمل

---

۱. همان و نیز التشریع الجنائی، پیشین.

۲. المغنی، ابن قدامه، ج ۷، ص ۷۹۷.

۳. الفقه علی المذاهب الاربعه، پیشین، ص ۳۷۱.

۴. مغنی، ابن قدامه، پیشین، ص ۷۹۷؛ پس از نقل نظر دو فقیه مزبور می گوید: «و هذا قول شاذیخالف اجماع الصحابه و سنّة النّبی (ص) فان فی کتاب عمروبن حزم: دیة المرأة علی النصف من دیة الرجل و هی اخصّ ممّاذکروه و هما فی کتاب واحد فیکون ما ذکر مفسّر الماذکروه مخصّصاله...»

آمده است بسیار دشوار به نظر می‌رسد که بتوان برای نصف بودن دیه زن به این حدیث یا این نامه استناد کرد زیرا همان طور که قبلاً نیز گفتیم در دو مأخذ تاریخی معتبر سیره ابن هشام و تاریخ طبری که ظاهراً در مقام نقل تمام نامه بر آمده‌اند، ذکری از بیان میزان دیه و بخصوص نصف بودن دیه زن به میان نیامده است.

صاحب کتاب مکاتیب الرسول که نامه عمروبن حزم را نقل کرده از منابع ومآخذ بسیاری که در این زمینه وجود داشته یاد کرده است. در اغلب مآخذی که وی آورده است در نقل نامه عمروبن حزم حکم دیه نیست. در برخی از منابع حکم کلی دیه که صد شتر است نقل شده و در یکی از نقل‌ها که احکام دیه هم در آن ذکر شده به بیان دیه نفس که صد شتر است و میزان دیه بینی، پا و انگشت دست و پا و دندان و برخی از جراحات پرداخته شده و آمده است که مرد در برابر زن به عنوان قصاص به قتل می‌رسد و نیز ذکر شده میزان دیه برای کسانی که اهل نقود ودرهم و دینارند، هزار دینار است:

«... و انّ فی النّفس الدیّة مأة من الابل و فی الانف اذا اوعب جدعا الدیّه.... و الرّجل یقتل بالمرأة و علی اهل الذهب الف دینار.»[1]

در هیچیك از منابع متعددی که به عنوان مأخذ نقل این نامه ذکر شده از قبیل الدّر المنثور سیوطی، و سنن بیهقی و تاریخ ابن عساکر و سیرة ابن هشام و سنن ابی داوود و موطامالك و تنویر الحوالك و البدایة و النهایة و کنز العمّال و غیره جمله: «دیه زن نصف دیه مرد است» در نامه عمروبن حزم نقل شده است.

۲ـ حکم دیه اعضای زن و مرد در روایات

در مورد مقدار دیه عضو و وضعیت آن در مورد زن و مرد دو نوع روایات دیده می‌شود، در برخی از روایات منقوله اصولاً دیه عضو زن همانند دیه نفس نصف دیه مرد شمرده شده است، در روایتی که ابی مریم از امام باقر(ع) نقل نموده آمده است که: جرح وارده، به زنان در هر موردی نصف جرح وارده به مردان می‌باشد.[2] یعنی دیه جرح زن در هر

۱. ر.ك: مکاتیب الرسول، علیّ‌بن حسینعلی الاحمدی، ج اول، ص ۲۸۱ و صفحات قبل از آن.

۲. وسائل الشیعة،پیشین، ص ۲۹۵، صاحب وسائل می گوید: این روایت را باید حمل کرد بر آنجایی که دیه بیش از ثلث است؛ و نیز ص ۶۰.

مرحله‌ای نصف دیه مرد است.

چنانکه قبلاً هم ذکر کردیم در برخی از منابع اهل سنت نیز نقل شده است که علی(ع) فرمود دیه زن در هر حال چه در نفس و چه در نقص عضو و جرح به هر مقدار باشد، نصف دیه مرد است. ولی روایات زیادی هم وجود دارد مشعر به این معنی که در مورد اعضاء، دیه زن تا حد ثلث دیه با مرد برابر است ولی وقتی به ثلث رسید یا به تعبیر بعضی از روایات از ثلث به بالا دیه زن نصف دیه مرد می‌شود. در روایتی که ابوبصیر از امام صادق(ع) نقل کرده آمده است:

جراحات زن و مرد مساوی است تا برسد به ثلث دیه وقتی از ثلث تجاوز کرد جراحت مرد (یعنی دیه جراحت مرد) دوبرابر جراحت زن می‌شود.[1]

از طرق اهل سنت نیز روایتی به این مضمون وارد شده که دیه زن با مرد برابر است تا وقتی به حد ثلث برسد و وقتی به میزان ثلث رسید دیه زن نصف دیه مرد می‌شود. (عقل المرأة مثل عقل الرجل حتی یبلغ الثلث من دیتها و یا: تعاقل المرأة الرجل الی ثلث الدیة....).[2]

و اما روایت مشهور در این زمینه از طریق شیعه، روایت ابان بن تغلب از امام صادق(ع) است که می‌گوید: از امام پرسیدم: مردی یکی از انگشتان زنی را قطع می‌کند دیه آن چقدر است؟ فرمود: ده شتر، گفتم دو انگشت قطع کرده دیه‌اش چقدر است؟ فرمود: بیست شتر پرسیدم سه انگشت قطع می‌کند فرمود: سی شتر، گفتم اگر چهار انگشت زن را قطع کند دیه‌اش چقدر است فرمود: بیست شتر، گفتم: سبحان‌الله ۳ انگشت قطع می‌کند و دیه آن سی شتر است وقتی چهار انگشت را قطع می‌کند دیه‌اش بیست شتر می‌شود؟

وقتی ما در عراق بودیم این مطلب را می‌شنیدیم و از گوینده آن بیزاری می‌جستیم و می‌گفتیم آورنده چنین حکمی شیطان است، امام(ع) فرمود: ابان صبر کن، این حکم پیامبر(ص) خداست همانا دیه زن با مرد برابر است تا وقتی به ثلث برسد و هنگامی که به ثلث رسید، دیه زن به نصف برمی‌گردد، ای ابان تو دست به قیاس زده‌ای و اگر در سنت قیاس

---

۱. همان.

۲. مغنی، ابن قدامه، پیشین، ص ۷۹۷، الفقه علی المذاب الاربعة، پیشین، ص ۳۷۱.

شود، دین ازبین می‌رود. [۱]

شیخ مفید نیز در کتاب مقنعه ضمن بیان همین مطلب که زن در دیه اعضاء و جوارح با مرد مساوی است تا به ثلث دیه برسد و وقتی به ثلث رسید به نصف دیه برمی گردد به قطع انگشتان مثال می‌زند که تا قطع سه انگشت، دیه زن با مرد برابری می کند و وقتی چهار انگشت قطع شد دیه نصف می‌شود و می گوید بعد از رسیدن به ثلث، میزان دیه برمی گردد به اصل دیه زن که نصف دیه مرد است و می گوید سنت پیامبر(ص) بر این حکم قرار گرفته و اخبار و روایات از ائمه علیهم‌السلام بر این امر متواتر است. [۲]

از طریق اهل سنت نیز نظیر حدیث ابان بن تغلب نقل شده است: از ربیعه نقل شده که گفت از سعید بن مسیب پرسیدم دیه قطع یك انگشت زن چقدر است گفت ۱۰ شتر، ۲ انگشت: ۲۰ شتر، ۳انگشت، ۴ شتر و ۴ انگشت، ۲۰ شتر دیه آن است، گفتم سبحان‌الله: چون درد و رنج و مصیبتش بیشتر شده، دیه آن کمتر می‌شود، سعید بن مسیب گفت: آیا اهل عراق هستی گفتم خیر جاهلی هستم که می‌خواهم هدایت یابم یا عالمی هستم که می‌خواهم نظرم استوار و محکم شود، گفت: حکم سنت همین است و امام شافعی نیز بر این مبنا نظر داده است. [۳]

---

۱. وسایل الشیعة، ج ۱۹، ص ۲۶۸؛ بد نیست متن روایت را نقل کنیم:

«عن ابان بن تغلب قال: قلت لابی عبدالله(ع): ما تقول فی رجل قطع اصبعامن اصابع المرأة کم فیها

قال: عشر من الابل

قلت: قطع اثنتین

قال: عشرون

قلت: قطع ثلاثا

قال: ثلاثون

قلت: قطع اربعا

قال: عشرون

قلت: سبحان الله یقطع ثلاثا فیکون علیه ثلاثون و یقطع اربعا فیکون علیه عشرون؟ ان هدا کان یبلغنا و نحن بالعراق فنتبرء ممن قاله و نقول: الذی جاء به شیطان فقال: مهلایا ابان هذا حکم رسول‌الله (ص) ان المرأة تعاقل الرجل الی ثلث الدیة فاذا بلغت الثلث رجعت الی النصف، یا ابان انك قداخذتنی بالقیاس و السنة اذا قیست محق الدین.»

۲. المقنعةمحمدبن محمدبن نعمان معروف به شیخ مفید، ص ۷۶۴.

۳. الفقه علی المذاب الاربعة، پیشین، ص ۳۷۱ و شرح فتح القدیر، کمال‌الدین محمدبن عبدالواحد، ج ۹، ص ۲۱۱.

شگفتی فقیهان فریقین از این حکم: کسی از فقهای شیعه یا اهل سنت درمقام توجیه و بیان حکمت این حکم عجیب برنیامده است ولی همه در شگفتی فرو رفته‌اند؛ برخی آن را نپذیرفتند و برخی با ملاحظه آنچه در خود روایت آمده است که نباید گرد قیاس رفت و باید تعبداً این حکم را پذیرفت و در مقام فهم حکمت و فلسفه آن برنیامد آن را قبول کردند ولی به هر حال توضیح ندادند که چه معمایی در این حکم ساده اجتماعی که باید بر مردم اجرا شود نهفته است که در طول قرون و اعصار قابل کشف نبوده هم ابان بن تغلب شیعه را در چهارده قرن پیش شگفت‌زده کرده و هم ربیعه سنی مذهب را به حیرت فرو برده است، نه امام شیعیان و نه بزرگ سنیان در این مقام برنیامدند که با توضیحی قانع کننده پیروان خود را از حیرت و ناباوری وجود چنین حکمی در شرع انور در آورند و صرفاً با تأکید بر اینکه سنت پیامبر(ص) همین است و باید آن را پذیرفت آنان را مجاب کردند و هم اکنون پس از گذشت قرنها و بالا رفتن سطح توان فقهی فقیهان کسی به راز این حکم پی نبرده است.

تحلیل و نظر مقدس اردبیلی: مقدس اردبیلی از فقیهان شیعه پس از نقل این حکم می گوید: این حکم مشهور است ولی هم برخلاف قواعدی که در باب دیه از روایات نقل شده می‌باشد و هم برخلاف عقل است زیرا عقل اقتضا می کند که دیه چهار انگشت بیش از دیه سه انگشت باشد یا لااقل از آن کمتر نباشد در حالی که اینجا کمتر شده زیرا در حالی که دیه ۳ انگشت سی شتر است، دیه چهار انگشت ۲۰ شتر تعیین شده. آنگاه می گوید: البته دیه چهار انگشت بیست شتر بودن، موافق قاعده است، زیرا با فرض نصف بودن دیه زن نسبت به مرد طبیعی است که دیه چهار انگشت که در مرد ۴۰ شتر است در زن ۲۰ شتر باشد آنچه باید روشن شود این است که چه حکمتی در زیادتر قرار دادن دیه دو انگشت و سه انگشت از نصف و مساوی قرار دادن آن با مرد بوده است؟ البته محقق اردبیلی به پاسخی نرسیده است ولی با توجه به روایت ابان بن تغلب و آنچه در ذیل آن روایت درمورد تعرض به ابان به خاطر روی آوردن به قیاس از امام(ع) نقل شده می گوید: «در این روایت به بطلان قیاس اشاره رفته است درحالی که در واقع در اینجا مفهوم موافق یا مفهوم اولویت مطرح است و معلوم می‌شود استناد به مفهوم موافقت و عمل کردن بر طبق

آن نیز مشکل است، زیرا عقل به حسب ظاهر چنین حکم می کند که اگر دیه قطع سه انگشت، ۳۰ شتر بود به طریق اولی در قطع چهار انگشت حداقل باید همان ۳۰ شتر باشد و نمی تواند کمتر باشد در حالی که نصّ این روایت خلاف آن را می گوید پس معلوم می‌شود که نمی‌توان در توسل به مفهوم موافقت و اولویت نیز جرأت کرد زیرا ای‌بسا حکمت خفیّه‌ای وجود دارد که ما بر آن دست نیافته‌ایم».[1] و به هر حال مقدس اردبیلی با همه ایراد و تردیدی که نسبت به این حکم بدیع داشته و حتی در اعتبار سند آن هم به خاطر وجود عبدالرحمان بن حجاج در سلسله روات تشکیك نموده به نظر می‌رسد آن را پذیرفته و تعبداً قبول کرده است.

در حالی که قبول تعبدی احکام فرعی آنهم در زمینه مسائل اجتماعی بدون اینکه بتوان برای آن توجیه عقلی و منطقی داشت صحیح به نظر نمی‌رسد و با روح بیان احکام اسلامی که مبتنی بر مصالح مردم و جامعه است و آن مصلحت نمی تواند یك امر دست‌نیافتنی و نامکشوف باشد، سازگاری ندارد.

درخصوص روایت ابان بن تغلب به نظر می‌رسد با توجه به تردیدی که حداقل در یکی از روات سلسله سند آن یعنی عبدالرحمان بن حجاج بنا به گفته محقق اردبیلی به شرحی که قبلاً ذکر شد وجود دارد و مغایرت آن با قواعد نقلی و فهم عقلی، نمی تواند روایت مزبور مستند و مورد عمل قرار گیرد بخصوص که نحوه بیان روایت هم به گونه‌ای است که صحت صدور آن را زیر سؤال می‌برد. اینکه ابان بن تغلب با آن همه احترام و ارادتی که به امام صادق(ع) دارد در مقابل بیان حکم از سوی امام بگوید ما قبلاً فکر می کردیم گوینده و آورنده چنین حکمی شیطان است و یا امام(ع) در مقابل حیرت و ناباوری ابان تا آن حد که این حکم را یك حکم شیطانی بداند به جای اینکه پاسخ توجیهی بدهد صرفاً به بیان اینکه، این حکم از سوی رسول خدا(ص) صادر شده اکتفا و ابان را از توسل به قیاس و لوازم فاسد آن برحذر دارد در حالی که وی متوسل به قیاس نشده و اقتضای مسلم فهم و درك عقل را بیان کرده، همه نشان‌دهندهٔ این است که این روایت نمی تواند صحیح باشد و مستند حکم و مبنای وضع قانون

---

۱. مجمع القائدة و البرهان، مقدس اردبیلی، ج ۱۴، ص ۴۷۱.

قرار گیرد. این امر به این می‌ماند که کسی بشنود سیلی زدن به گوش پدر و مادر ایرادی ندارد و بر آشفته از شنیدن چنین حکمی بگوید در حالی که در قرآن کریم آمده است: ولا تقل لهما افّ و لا تنهرهما (اسراء ۲۳) از افّ گفتن به پدر و مادر نهی شده است، چگونه سیلی زدن می‌تواند مجاز باشد بگوئیم هشدار که قیاس در دین جایز نیست و از حرمت افّ گفتن به پدر و مادر نمی‌توان ممنوعیت ایراد ضرب و جرح به آنها را استنباط کرد.

به هر حال به نظر می‌رسد، قرائن حالیّه و مقالیه و عقلیه بر نا معتبر بودن و صحیح نبودن این روایت دلالت دارد و حقاً نمی‌توان چنین حکم ناسازگار با عقل و منطق را که هیچکس نمی‌تواند حکمتی برای آن دریابد بر مبنای آن برقرار کرد.

طبعاً تصویب قانون بر مبنای چنین منبعی با همه تردیدهایی که در صحت آن وجود دارد از سوی قانونگذار عملی دور از احتیاط بوده و در عین حال موجب عدم مقبولیت این نوع قوانین موضوعه در جامعه می‌باشد.

نظر صاحب فتح‌القدیر: همان استبعاد عقلی که درمورد بیان چنین حکمی از مقدس اردبیلی دیده شد از برخی از فقهای عامه نیز ابراز شده و در نتیجه این حکم را ردّ کرده و با این روایت قابل اثبات ندانسته‌اند. از جمله در کتاب شرح فتح‌القدیر پس از بیان اینکه دیه زن اصولاً نصف دیه مرد است و توجیه این امر می گوید این حدیثی که دیه زن را تا حد ثلث مساوی دیه مرد می‌داند و از ثلث به بعد حکم به نصف بودن آن می کند، حدیث شاذّ و نادری است و نمی‌توان با چنین حدیث شاذّی این حکمی را که خلاف عقل است و هر عاقلی آن را درست نمی‌داند ثابت کرد. (و مثل هذا الحکم الّذی یحیله عقل کلّ عاقل لایمکن اثباته بالشّاذ النادر...».[1]

ج- توجیهات عقلی و منطقی

برگردیم به اصل مسأله نصف بودن دیه زن نسبت به مرد و ببینیم به غیر از روایات و دلایل نقلی که فقیهان بر این امر اقامه کردند چه توجیه عقلی و عرفی برای این حکم

۱. شرح فتح القدیر، پیشین، ج ۹، ص ۲۱۰.

ارائه شده است.

درواقع با ملاحظه نوشته‌های بعضی از فقهاء و مفسرین دو نوع توجیه برای وجود این تفاوت بین زن و مرد می توان یافت:

۱ـ پائین تر بودن ارزش زن نسبت به مرد

از گفته‌ها و نوشته‌های برخی از بزرگان فقه و تفسیر چنین برمی آید که اصولاً زن در مقام مقایسه با مرد از ارزش و اعتبار کمتری برخوردار است و از همین روست که اعتبار شهادت دو زن معادل شهادت یك مرد به حساب آمده و یا سهم‌الارث او نصف سهم‌الارث مرد قرار داده شده است و به هرحال جایی که ارزش گذاری مادی مطرح است و قرار است خون‌بها مطرح شود ارزش و اعتبارزن مساوی و هم‌طراز مرد نیست و نمی توان همان قیمتی که برای مرد در نظر گرفته می‌شود برای زن نیز محاسبه نمود و چنانکه می‌بینیم تلقی فقه از دیه بیشتر همان خون‌بها (به بیان انگلیسی: Blood - Money) است تا جبران خسارت وارده؛ و لذا در آنجا که برای جراحات وارده دیه مشخص وجود ندارد، باید ارش پرداخت که ارش مابه‌التفاوت و تفاوت قیمت جنس سالم و معیوب است و در تمام کتابهای فقهی حتی کتابهای فقهی معاصر، برای تعیین مقدار ارش گفته شده باید شخص صدمه‌دیده و مجروح یا ناقص العضو را با فرض برده بودن یك بار در حال سالم بودن قیمت کرد و یك بار با توجه به صدمه و یا نقص وارده او را قیمت کرد و مابه‌التفاوت این دو قیمت را به عنوان ارش به او پرداخت.[۱]

وقتی با این دید، دیه محاسبه می‌شود، در نظر بسیاری قیمت و ارزش زن کمتر از مرد و در حد نصف قیمت اوست و لذا دیه او نصف دیه مرد است. به عنوان نمونه برای بیان این نظر می توان به گفته صاحب شرح فتح‌القدیر اشاره کرد که در مقام توجیه نصف بودن دیه زن نسبت به مرد می گوید: این امر بدان جهت است که حال و وضعیت زن ناقص تر از وضع مرد است و خداوند هم فرموده است مردان بر زنان برترند و منفعت وجودی زن کمتر

---

۱. به عنوان نمونه از کتب فقهی فقهای معاصر ر.ك: تحریرالوسیله، امام خمینی، ج ۲، ص ۵۹۶.
مسألة ۹: «کل موضع یقال فیه بالارش اوالحکومة فهما واحد والمراد انه یقوم المجروح صحیحا ان کان مملوکا تارة و یقوم مع الجنایة اخری و ینسب الی القیمة الاولی و یعرف التفاوت بینهما و یوخذ من دیة النفس بحسابه...»

از مرد است از جمله اینکه نمی تواند بیش از یك شوهر داشته باشد. (... و انّ حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالی و للرجال علیهن درجة و منفعتها اقلّ لا تتمکن من التزوج باکثر من زوج واحد...).[۱]

بیان روشن تر در این زمینه از آن ابن عربی مؤلف کتاب احکام القرآن است که می گوید: مبنای دیه در شریعت اسلامی بر تفاضل در حرمت و اعتبار و تفاوت در مرتبه است زیرا دیه حق مالی است که میزان آن به صفات و اعتبار اشخاص فرق می کند بر خلاف قتل، زیرا مجازات قتل چون به منظور جلوگیری و بازدارندگی از ارتکاب جرم تشریع شده این تفاوت و اختلاف وضع مجنی علیه در آن لحاظ نشده است. در حالی که دیه این چنین نیست و لذا چون زن ناقص تر و پایین مرتبه تر از مرد است دیه او کمتر است و به همین ترتیب چون مسلمان بر کافر مزیت و برتری دارد بنابراین نمی تواند دیه او مساوی با دیه مسلمان باشد.[۲]

نظیر همین توجیه را می توان در عبارات ابن قیم جوزی در کتاب اعلام الموقعین دید؛ نامبرده در بحث مربوط به بیان حکمت برقراری مساوات بین زن و مرد در عبادات و حدود و نصف بودن وضع زن در مورد شهادت و دیه وارث توجیهاتی دارد و از جمله درمورد دیه می گوید: از آنجا که زن ناقص تر از مرد است و نفع مرد بیشتر از زن بوده و متکفل مناصب دینی و مشاغل حکومتی و حفظ مرزها و جهاد و آباد کردن زمین و دفاع از دین و دنیا و عهده‌دار بودن حرف و صنایعی است که مصالح دنیا با آن کمال می‌یابد بنابراین قیمت زن که همان دیه باشد نمی تواند با قیمت مرد برابر باشد زیرا دیه شخص آزاد همانند قیمت برده و یا ارزش اموال دیگر است و لذا حکمت شارع بر این تعلق گرفته که قیمت زن نصف قیمت مرد باشد. به خاطر همین تفاوتهایی که بین آن دو وجود دارد.

ابن قیم آنگاه با اشاره به یکسان بودن دیه زن و مرد درمورد جراحات و نقصان اعضاء

---

۱. شرح فتح القدیر، ج ۹، ص ۲۱۰.

۲. احکام القرآن، ابن العربی، ج اول، ص ۴۷۸: «...مبنی الدیات فی الشریعة الاسلامیة علی التفاضل فی الحرمة و التفاوت فی الرتبة لانه حق مالی یتفاوت بالصفات بخلاف القتل، لانه لما شرع زجرا لم یعتبر فیه ذالك التفاوت، فاذا ثبت هذا نظرنا الی الدیة فوجدنا الانثی تنقص فیه عن الذکر و لابد ان یکون للمسلم مزیة علی الکافر فوجب الا یساوی فی دیته...»

تا میزان ثلث و مغایر بودن آن با فلسفه فوق‌الذکر اشاره کرده و می گوید: علت اینکه میزان دیه تا کمتر از ثلث در مورد زن و مرد یکسان است وجود سنت مسلم از رسول اکرم(ص) می باشد که فرمود دیه زن مانند دیه مرد است تا به حد ثلث برسد و خود توجیهی هم برای این امر می آورد که درمورد کمتر از ثلث، میزان دیه کم است و بنابراین زن و مرد در میزان دیه یکسان لحاظ شده‌اند ولی از ثلث به بالا که میزان دیه زیاد می‌شود ناچار باید به همان قاعده تفاوت قیمت زن و مرد مراجعه کرد و دیه زن را نصف قرار داد چنانکه در مورد دیه جنین نیز چون میزان آن کم است میزان دیه پسر و دختر در آن مساوی است ولی وقتی روح در آن دمیده شد و دیه کامل لازم شد دیه پسر دو برابر دختر است.[1]

۲- پائین‌تر بودن نقش زن در وضعیت اقتصادی

از دید عده دیگر از صاحب‌نظران اسلامی، نصف بودن دیه زن نسبت به مرد بدین گونه توجیه شده که اصولاً دیه برای جبران خسارت وارده به مجنی علیه یا خانواده اوست، و از آنجا که مرد نقش بیشتر و مؤثرتری در زندگی اقتصادی دارد و از بین رفتن یا صدمه دیدن او لطمه بیشتری به وضع مالی خانواده وارد می آورد بخصوص که در نظام حقوق اسلام اداره خانواده و مسئولیت تأمین معیشت خانواده با اوست بنابراین دیه او باید بیشتر باشد. از این دیدگاه دو برابر بودن دیه مرد نسبت به زن و نصف بودن دیه زن به معنای پائین‌تر بودن ارزش زن نیست بلکه از این لحاظ است که تبعات از دست دادن مرد و یا صدمه دیدن او از لحاظ اقتصادی بیشتر از زن است و حال که قرار است این ضایعه به صورت مادی جبران شود، و در واقع تحت عنوان دیه، خسارت داده شود طبعاً این تفاوت وضع باید در نظر گرفته شود و از آنجا که حکم شرعی و قانونی با توجه به وضع غالب تعیین می‌شود و وضع غالب این است که مرد تأمین کننده هزینه خانواده و دارای نقش مؤثرتر در وضع اقتصادی و مالی است بنابراین خسارت قابل پرداخت به او یا خانواده‌اش تحت عنوان دیه بیشتر از زن تعیین شده است.

---

۱. ر.ك: اعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزی، ج ۲، ص ۱۴۶: «واما الدية: فلما كانت المرأة انقص من الرجل و الرجل انفع منها... لم تكن قيمتها مع ذالك متساوية و هى الدية فان دية الحر جارية مجرى قيمة العبد و غيره من الاموال فاقتضت حكمة الشارع ان جعل قيمتها على النصف من قيمته لتفاوت ما بينهما.»

امروزه بیشتر صاحب‌نظران با این دیدگاه تفاوت دیه زن و مرد را توجیه می کنند و آن را منافی با کرامت و ارزش ذاتی زن و همسان بودن ارزش انسانی او با مرد نمی‌دانند، از جمله مرحوم سیدمحمد رشید رضا صاحب تفسیر المنار می گوید: «حکمت نصف بودن دیه زن نسبت به مرد این است که منفعتی که خانواده با فقدان مرد از دست می‌دهد بیشتر از نفعی است که با فقدان زن از دست می‌دهد بنابراین همانند ارث در اینجا نیز سهم زن نصف شده است.»[۱]

برهر دو توجیه، این تأمل می تواند وارد باشد که اگر در اثر تعلیم و تربیت و ارتقاء سطح فکری و توانایی‌های اجتماعی زنان و ورود آنان به جامعه و عهده‌دار شدن مشاغل گوناگون در سطوح مختلف جامعه و احراز نقش قابل توجه در پیشرفت صنعت و توسعه سیاسی و اقتصادی (چنانکه هم اکنون تا حدود زیادی این وضعیت مشهود است) وضع تغییر کند و زنان نقش مؤثری حتی در تأمین معیشت خانواده داشته باشند، به‌گونه‌ای که طبق گزارش سال ۱۹۹۵ سازمان ملل یك چهارم خانواده‌ها در سراسر جهان به‌وسیله زنان اداره می‌شود و بسیاری از خانواده‌های دیگر هم که مرد در آنها حضور دارد به درآمد زن خانواده وابسته‌اند[۲]، دیگر مشکل است توجیهات یاد شده بتواند برای تفاوت وضع موجود بین زن و مرد در پرداخت دیه قانع کننده باشد.

نتیجه

مسأله دیه زن و تفاوت آن با دیه متعلقه به مرد را در قانون مجازات اسلامی ایران و مبنای فقهی آن در حد امکان بررسی کردیم و سیری در مبانی و ادلّه آن نمودیم و گاه در ضمن بحث، اندك نقدی هم به عمل آوردیم. نتیجه گیری و اظهار نظر قطعی و جزمی دشوار است ولی به هر حال در این سیری که در دلایل و منابع حکم موجود در این زمینه یعنی نصف بودن دیه زن نسبت به مرد به عمل آوردیم این نتایج به دست آمد:

---

۱. المنار، ج ۵، ص ۳۳۲.

۲. ر.ك: حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، حسین مهرپور، ص ۳۹۷ و: Platform of Action and the Beijing Declaration ص ۳۴، بند ۲۲.

۱ـقرآن کریم اصل پرداخت دیه به خانواده مقتول را درمورد قتل غیرعمدی تشریع نموده و آن را مقرر کرده است ولی نه میزان آن را تعیین کرده و نه اشاره‌ای به تفاوت بین زن و مرد نموده است. البته از دیه مربوط به نقص عضو و جراحت وارده به اعضای انسانی نیز در قرآن ذکری نشده است.

۲ـروایات زیادی از طریق شیعه و سنی از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که مقدار دیه قتل انسان صد شتر قرار داده شده و ظاهراً این حکم، حکم امضایی است یعنی در جاهلیت نیز حداقل در بعضی موارد این وضع رعایت شده و طبق بعضی از نقل‌ها با ابتکار عبدالمطلب جد پیامبر(ص) گرامی اسلام این میزان به عنوان دیه و خون بها تعیین شده و پیامبر(ص) هم آن را پسندیده و مقرر فرموده است. ظاهراً برای تسهیل امر ضمن اینکه اصل در میزان دیه همان صد شتر بوده است اجازه داده شده اجناس دیگری نیز بر حسب مورد و اقتضاء وضع مردم و جوامع مربوطه درحدی که تقریباً از لحاظ قیمت نزدیك به صد شتر می‌شود، پرداخت گردد. از قبیل یکهزار دینار، ده هزار درهم، دویست گاو، یکهزار گوسفند و دویست دست حلّه یمانی.

۳ـدر برخی روایات که به پیامبر اکرم(ص) نسبت داده شده و البته روایات زیادی که از طرق شیعه نقل شده، دیه زن علی‌الاصول نصف دیه مرد ذکر شده است.

چنین به نظر می‌رسد که مسأله نصف بودن دیه زن اگر هم استحکام منبع روایی آن از پیامبر اکرم(ص) جای تردید باشد ولی در بین صحابه این مطلب جا افتاده و تلقی به قبول شده و درواقع این معنی طبیعی می‌نموده که با توجه به نصف بودن سهم‌الارث زن و نیز نصف بودن ارزش شهادت زن نسبت به مرد، دیه او نصف دیه مرد باشد.

۴ـبعضی از فقهای اهل سنت با توجه به اطلاق آیه قرآن کریم و عدم تعرض به نصف بودن دیه زن و نیز اطلاق روایات منقوله از پیامبر اکرم(ص) بخصوص نامه عمروبن حزم که میزان دیه نفس مؤمنه به طور مطلق صد شتر تعیین شده است، و لابدّ معتبر ندانستن روایاتی که به نصف بودن دیه زن دلالت دارد قائل به تساوی دیه زن و مرد شده‌اند.

از میان فقهای شیعه برخی در دلایل نقلی مربوط به نصف بودن دیه زن تردید کرد و به نحوی این تردید خود را ابراز داشتند ولی در عمل همان نظر نصف بودن را به لحاظ وجود

اجماع پذیرفتند. از فقهای معاصر بعضی تمسك به اطلاق قرآن و روایات را در مورد دیه قتل غیرعمدی قوی‌تر دانسته و به مساوات دیه زن و مرد فتوی داده‌اند.

۵ـ برخی از فقهاء و مفسرین جدا از روایات و دلایل نقلی، در مقام توجیه عقلی و منطقی نصف بودن دیه زن نسبت به مرد برآمدند، برخی به صراحت ارزش وجودی زن را نصف مرد قلمداد کردند و برخی ضعیف‌تر بودن نقش اقتصادی زن را در جامعه و خانواده، موجب نصف بودن دیه نفس و عضو او دانسته‌اند که بر هر دو توجیه تأملاتی وارد است.

۶ـ گرایشی هم وجود دارد که می‌پندارد هم تعیین دیه به مقدار معین از سوی پیامبر اکرم(ص) و هم نصف قرار دادن دیه زن نسبت به مرد با فرض صحت، حکم حکومتی و مقطعی است نه یك حکم ثابت و لایتغیر و همیشگی اسلامی. حکم قطعی و دائمی همانا، حکم مطلق قرآن کریم است که باید به خانواده مقتول دیه پرداخت شود. به هر حال این دیه مقدار مالی است که به مناسبت از دست رفتن فردی به خانواده او پرداخت می‌گردد و علی القاعده جنبه جبران خسارت ناشی از فقدان یك انسان دارد (طبعاً در موارد نقص عضو نیز دیه متناسب با خسارت مربوط به صدمه دیدن عضو انسانی است). پیامبر اکرم(ص) در زمان خود و با توجه به مقتضیات وضع محیط و موقعیت اجتماعی جامعه خویش و عرف رایج آنها صد شتر را مناسب دانست و آن را برای جبران خسارت تعیین کرد. تعیین نصف این مقدار برای زن نیز با فرض صحت برخی از روایات منقوله از پیامبر اکرم(ص) یا با فرض پذیرش و پیاده کردن امر از سوی صحابه بزرگ با توجه به وضع و نقشی که زنان در آن زمان و محیط داشتند و نوع نگرش و دیدگاهی که بر آنان حاکم بوده، قابل قبول و دارای توجیه می‌باشد و به هر حال معلوم نیست تعیین صد شتر به عنوان دیه نفس و فرضاً نصف آن برای زن، از سوی پیامبر اکرم(ص) به منظور بیان حکم قطعی دائمی برای همه زمانها و مکانها باشد بلکه حکم اصلی و قطعی همانا پرداخت دیه به میزان معقول و متناسب است، متناسب آن زمان و شاید آن محیط صدشتر و احیاناً نصف آن در مورد زن بوده است و این امر منافات ندارد با اینکه در زمانها و مکانهای دیگر با توجه به مقتضیات لازم و در نظر گرفتن وضع جامعه و متحول شدن وضع و نقش زنان، تعیین مقدار دیه به عنوان خسارت ناشی از کشته

شدن یك فرد (اعم از زن و مرد) یا صدمه دیدن او با در نظر گرفتن جهات مختلف از سوی دادگاه تعیین شود از این حیث تفاوتی هم بین زن یا مرد مقتول یا صدمه دیده به صورت یك فرض ثابت وجود نداشته باشد بلکه موردی تصمیم گرفته شود. همان گونه که امروزه طبق قوانین عرفی مسئولیت مدنی انجام می‌شود و قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب سال ۱۳۳۹ نیز آن را بیان کرده است.

در بین صاحب‌نظران اسلامی از بیان صاحب تفسیر المنار، سیدمحمد رشید رضا، این گرایش احساس می‌شود که قسمتی از عبارت او را قبلاً نقل کردیم. وی در قسمت دیگر بیاناتش ذیل آیه دیه در مورد دیه غیر مسلمین می گوید:

«خلاصه کلام این است که روایات قولی و عملی در مورد دیه مختلف و متعارض است و به همین جهت فقهاء اختلاف نظر دارند ولی ظاهر آیه قرآن این است که امر دیه موکول به عرف و تراضی طرفین است».[1]

نظیر چنین گرایشی به صورت کلی‌تر در رابطه با بیان احکام فرعی اسلامی بخصوص احکام مربوط به زنان و تفاوت آن با مردان در کلمات یکی دیگر از نویسندگان عرب مسلمان به نام محمود محمد طه از سودان دیده می‌شود وی می گوید: اسلام در دوره‌ای ظهور کرد که زنان سخت مورد آزار و اذیت بودند و به حساب نمی‌آمدند. چون اسلام نتوانست عملاً حقوق کامل آنها را بدهد سعی کرد وضع آنها را اصلاح کند و حداقل حقوقی معادل نصف حقوق مردان برای آنها برقرار نماید و لذا سهم‌الارث آنان را نصف مردان قرار داد و شهادت دو زن را در حد شهادت یك مرد قابل قبول اعلام کرد ولی این عدم تساوی بین زن و مرد قطعی و همیشگی نیست.

وی می گوید وابستگی اقتصادی زن نقش مهمی در این عدم تساوی بازی می کند و ملاك برتری که در قرآن برای مرد نسبت به زن بیان شده، تکلیف مرد به دادن نفقه و تأمین معیشت اوست (الرجال قوّامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم ـ نساء / ۴).

---

۱. تفسیر المنار، سیدمحمد رشید رضا، ج ۵، ص ۳۳۲.

ولی اساس کار تساوی مطلق بین زن و مرد بر اساس مسئولیت شخصی است و لذا در صورتی که وضعیت فرق کند و زنان نظیر مردان مسئولیت‌ها و مشاغل اجتماعی را به عهده بگیرند طبعاً باید حقوق مساوی با مردان داشته باشند، نتیجتاً اگر زن شغل قضاء را احراز کرد دیگر نمی‌توان شهادت او را نصف شهادت مرد قرار داد (و طبعاً اگر در فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی نقش مؤثر خود را داشت، در مورد نصف بودن دیه او نیز باید تجدیدنظر کرد).

وی برخلاف نظر رایج متشرعین معتقد بود احکام و قوانین اسلامی (قاعدتاً منظور احکام فرعی عملی است) جنبه موقتی دارند، و دین اسلام حرف آخر خود را در قرن هفتم نزده است. البته محمد طه سر خود را در راه بیان نظریاتی این چنین بر باد داد و در سال ۱۹۸۵ (۱۳۶۴) در ۶۹ سالگی به جرم ارتداد به دار مجازات آویخته شد.[۱]

ولی به هر صورت این نوع گرایش در رابطه با احکام فرعی اسلامی که گاه مقبولیت و اجرای آنها در دوران حاضر و با اوضاع و احوال زمانه سازگار به نظر نمی‌رسد، رو به فزونی است و جا دارد که فقهای روشن‌بین زمان‌شناس به این دشواریها و این نوع نظریات توجه بیشتری مبذول دارند و با اجتهاد شایسته خود ضمن جلوگیری از انحراف و تحریف، چهره مقبول و عملی از احکام اسلامی نشان دهند، و به جای تکیه بر تعبدی بودن حکم و عمل به نصّ در امور عرفی اجتماعی در کشف مصالح احکام و حکمت آنها و فهم نظر واقعی شارع کنکاش نمایند.*

---

۱. ر.ک: مسلمین و حقوق بشر به زبان فرانسه:

Les Musulmans Face Aux Droit De l'homme، سامی الدیب، ص ۲۱۴.

*. این مقاله در شماره دوم مجله پژوهشی متین، بهار سال ۱۳۷۸ چاپ شده است.

بررسی ارزش شهادت زن

در قوانین موضوعه ایران و مبانی فقهی آن

مقدمه

شهادت یکی از ادله اثبات دعوی است، قانون مدنی در ماده ۱۲۵۸ دلایل اثبات دعوی را پنج چیز شمرده است که یکی از آنها شهادت است، در امور کیفری و اثبات جرم نیز شهادت به عنوان یکی از ادله به شمار می‌رود. در قانون مجازات اسلامی در بحث مربوط به هریك از حدود و نیز قصاص، نحوه اثبات آنها به وسیله شهادت بیان شده است در مقررات مربوط به آئین‌دادرسی مدنی و کیفری نیز از شهادت به‌عنوان دلیل اثبات حق یا اثبات جرم یاد شده و ضوابط و ترتیبات مربوط به آن ذکر شده است.

شهادت در صورتی معتبر و در اثبات دعوی مؤثر است که شرایط لازم در شاهد و نوع ادای شهادت موجود باشد.

شرایطی که رعایت آن در مورد شاهد، ضروری است، بعضی مربوط به میزان درك و شعور و قدرت تعقل و تشخیص شاهد است، مانند شرط بلوغ و عقل و برخی مربوط به اعتماد به شاهد و اطمینان از صحت گفتار او می‌باشد، مانند شرط عدالت و مورد ثقه بودن. تعداد شهود نیز از جمله امور مؤثر در شهادت است و بسته به اهمیتی که موضوع مورد شهادت دارد ممکن است تعداد شاهد لازم برای مؤثر بودن شهادت در موضوعات مختلف فرق کند؛ به‌طور متعارف و معمول شهادت دو نفر عادل لازم است ولی در برخی موارد شهادت چهار نفر لازم دانسته شده و در مواردی هم موضوع با شهادت یك نفر ثابت می‌شود. یکی از

مسائل مطروحه در بحث شهادت، نقش جنسیت در اعتبار شهادت است، یعنی آیا زن بودن یا مرد بودن تأثیری در اعتبار شهادت دارد یا خیر؟ امروزه در قوانین اغلب کشورها شرط مرد بودن در زمره شرایط لازم برای اعتبار شهادت نیست، ولی در مقررات قانونی جمهوری اسلامی ایران، تفاوتهایی در اعتبار شهادت زن، نسبت به شهادت مرد وجود دارد که در این نوشته نقد و بررسی ای نسبت به این موارد و مبنای فقهی آنها خواهیم داشت.

مبحث اول: وضع شهادت زن در قوانین موضوعه فعلی ایران

الف- در قوانین جزائی

قانون مجازات اسلامی[1] در بخش مربوط به حدود و قصاص، به تبع کتب فقهی ضمن بیان هریک از جرایم مستوجب حد و قصاص به دلایل آنها که از جمله شهادت است پرداخته و شرایط مربوط به مؤثر بودن شهادت را در هر مورد ذکر کرده است. در قانون مجازات اسلامی در ارتباط با شهادت زنان دو نوع برخورد وجود دارد: مواردی که اصولاً شهادت زن پذیرفته نیست و به آن، ترتیب اثر داده نمی‌شود و فقط شهادت مرد که در بعضی موارد چهار مرد عادل و در مواردی دو مرد عادل لازم است مؤثر در اثبات جرم است. در مواردی بر شهادت زنان نیز ترتیب اثر داده می‌شود ولی اولاً باید منضم به شهادت مرد باشد و ثانیاً شهادت دو زن، معادل شهادت یك مرد به حساب آمده است. طبق قانون مجازات اسلامی جرایم لواط، مساحقه، قوادی، قذف، شرب خمر، محاربه، سرقت و قتل عمد فقط با شهادت مردان قابل اثبات است و با شهادت زنان اثبات‌پذیر نیست که ذیلاً به مواد مربوطه اشاره می‌شود.

ماده ۱۱۷ می‌گوید: «حد لواط با شهادت چهار مرد عادل که آن را مشاهده کرده باشند ثابت می‌شود.» و ماده ۱۱۹ تصریح می‌کند: «شهادت زنان به تنهایی یا به ضمیمه

---

۱. قانون مجازات اسلامی مشتمل بر ۴۹۷ ماده مصوب کمیسیون امور قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی (که ماده ۵ آن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسیده است) در سال ۱۳۷۰ و مدت اجرای آن ۵ سال تعیین شد، ولی در اسفندماه ۱۳۷۵ با تصویب مجلس شورای اسلامی عیناً برای ده سال دیگر تمدید شد.

مرد، لواط را ثابت نمی کند.»

ماده ۱۲۸ مقرر می دارد:«راههای ثبوت مساحقه در دادگاه همان راههای ثبوت لواط است.»

طبق ماده ۱۳۷: «قذف با دوبار اقرار یا با شهادت دومرد عادل اثبات می شود.»

به موجب ماده ۱۷۰:«در صورتی که طریق اثبات شرب خمر، شهادت باشد فقط با شهادت دومرد عادل ثابت می شود.»

در ماده ۱۸۹ آمده است:«محاربه و افساد فی الارض از راههای زیر ثابت می شود:
الف ـ با یك بار اقرار به شرط آنکه اقرار کننده بالغ و عاقل و اقرار او با قصد و اختیار باشد. ب ـ با شهادت فقط دو مرد عادل»

ماده ۱۹۹ مقرر می دارد:«سرقتی که موجب حد است با یکی از راههای زیر ثابت می شود: ۱ـ شهادت دو مرد عادل...» و سرانجام طبق بند الف ماده ۲۳۷:«قتل عمد با شهادت دومرد عادل ثابت می شود.»

در دومورد شهادت زن نیز به انضمام شهادت مرد می تواند در اثبات جرم مؤثر باشد یکی در مورد زناست که طبق ماده ۷۴:«زنا چه موجب حد جلد باشد و چه موجب حد رجم با شهادت چهارمرد عادل یا سه مرد عادل و دوزن عادل ثابت می شود.» و طبق ماده ۷۵: «در صورتی که زنافقط موجب حد جلد باشد، به شهادت دومرد عادل همراه با چهار زن عادل نیز ثابت می شود.» و ماده ۷۶ تصریح می کند:«شهادت زنان به تنهایی یا به انضمام شهادت یك مرد عادل زنا را ثابت نمی کند بلکه در مورد شهود مذکور حد قذف طبق احکام قذف جاری می شود.»

مورد دیگر، قتل غیرعمد است که شهادت زنان می تواند در اثبات آن مؤثر باشد.
بند ب ماده ۲۳۷ مقرر می دارد:«قتل شبه عمد یا خطا با شهادت دومرد عادل یا یك مرد عادل و دوزن عادل یا یك مرد عادل و قسم مدعی ثابت می شود.»

ب ـ در قوانین مدنی

همان گونه که قبلاً اشاره کردیم در قانون مدنی شهادت یکی از ادله اثبات

دعوی به شمار آمده است مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۲۰ به بیان موارد و شرایط شهادت و شاهد اختصاص یافته است[1] در قانون مدنی شرایط لازم برای شاهد ذکر شده است اما اشاره‌ای به تأثیر جنسیت در میزان ارزش شهادت به عمل نیامده و از مرد یا زن بودن شاهد ذکری نشده است. ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:«در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان، و طهارت مولد شرط است.»

در مقررات مربوط به آئین دادرسی مدنی و کیفری نیز که تا قبل از تصویب قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مجری بوده است یا مشخصاً شرایطی برای شاهد ذکر نشده و یا اگر شرایطی هم ذکر شده است بحثی از زن و مرد بودن شاهد به میان نیامده است. در قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب نیز که اخیراً به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده در بخش مربوط به امور کیفری مصوب شهریور ماه ۱۳۷۸ منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۵۹۱۱ مورخ ۷۸/۷/۱۸ شرایطی که باید شاهد دارا باشد ذکر شده ولی از جنسیت شاهد سخنی به میان نیامده است ماده ۱۵۵ قانون مزبور مقرر می‌دارد:«در مواردی که قاضی به شهادت شاهد به عنوان دلیل شرعی استناد می‌نماید لازم است شاهد دارای شرایط زیر باشد: ۱ـ بلوغ، ۲ـ عقل، ۳ـ ایمان، ۴ـ طهارت مولد، ۵ـ عدالت، ۶ـ عدم وجود انتفاع شخصی برای شاهد یا رفع ضرر از وی، ۷ـ عدم وجود دشمنی دنیوی بین شاهد و طرفین دعوی، ۸ـ عدم اشتغال به تکدی و ولگردی».

در بخش مربوط به مقررات مدنی همین قانون نیز به شهادت استناد شده است، و در مورد صلاحیت شهود ابتدا در مصوبه مجلس شورای اسلامی، به شرایط مندرج در بخش کیفری ارجاع شده و ماده ۲۲۸ مقرر می‌داشت:« در مواردی که دلیل اثبات دعوی یا مؤثر در اثبات آن، گواهی گواهان می‌باشد برابر مواد زیر اقدام می‌گردد.» و طبق ماده ۲۳۰ «صلاحیت گواه و موارد جرح وی برابر شرایط مندرج در بخش چهارم از کتاب دوم در امور کیفری این قانون می‌باشد.»

---

۱. در قانون مدنی ارزش شهادت بسیار محدود ذکر شده بود ولی در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و سپس سال ۱۳۷۰ موادی که ارزش شهادت را محدود می‌کرد حذف شد و اصلاحاتی هم در برخی مواد دیگر به‌عمل آمد.

نظر شورای نگهبان و حکم قانون جدید آئین دادرسی مدنی

ولی شورای نگهبان که در بخش کیفری در زمینه جنسیت شاهد بحثی مطرح نکرده و ایرادی نگرفته بود(شاید بدین لحاظ که قانون مجازات اسلامی در باب حدود و قصاص و دیات این معنی را متکفل شده بود) در این رابطه اعلام کرد که در این قانون باید به وضع جنسیت شاهد نیز توجه شود و مشخص گردد زنان در چه مواردی می توانند شهادت بدهند.

بند ۳۰ نامه شماره ۷۸/۲۱/۴۹۱۱ مورخ ۷۸/۴/۸ شورای نگهبان در این زمینه خطاب به مجلس بدین شرح است:«در ماده ۲۲۸ در مواردی که گواهی گواهان کافی برای اثبات دعوای حقوقی است یا در مواردی که مؤثر در اثبات آن است مانند شاهد واحد و یمین خواهان و یا دعوی بر میت، باید ذکر شود؛ و همچنین تعداد گواهان مورد لزوم و مواردی که زنها می توانند شهادت بدهند اگر در جای دیگر ذکر شده مشخص گردد والا باید این موارد نیز به طور صریح تعیین شود...»

مجلس شورای اسلامی باتوجه به نظر شورای نگهبان ماده ۲۳۰ را اصلاح نمود و با در نظر گرفتن نظر مشهور فقهای امامیه محدودیت‌های مربوط به شهادت زن را در امور مدنی مشخص کرد. ماده ۲۳۰ مزبور بدین صورت اصلاح و تصویب شد و مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت و با انتشار در روزنامه رسمی شماره ۱۶۰۷۰ مورخ ۷۹/۲/۱۱ به مرحله اجرا درآمده است.

ماده ۲۳۰

«در دعاوی مدنی (حقوقی) تعداد و جنسیت گواه، همچنین ترکیب گواهان با سوگند به ترتیب ذیل می‌باشد:

الف ـ اصل طلاق و اقسام آن و رجوع در طلاق و نیز دعاوی غیرمالی از قبیل مسلمان بودن، بلوغ، جرح و تعدیل، عفو از قصاص، وکالت، وصیت با گواهی دو مرد.

ب ـ دعاوی مالی یا آنچه مقصود از آن مال می‌باشد از قبیل دین، ثمن مبیع، معاملات، وقف، اجاره، وصیت به نفع مدعی، غصب، جنایات خطایی و شبه عمد که موجب دیه است با گواهی دو مرد یا یك مرد و دو زن.

چنانچه برای خواهان، امکان اقامه بنیه شرعی نباشد می‌تواند با معرفی یك گواه مرد یا دوزن به ضمیمه یك سوگند ادعای خود را ثابت کند. در موارد مذکور در این بند ابتدا گواه واجد شرایط، شهادت می‌دهد، سپس سوگند توسط خواهان ادا می‌شود.

ج ـ دعاوی که اطلاع بر آنها معمولاً در اختیار زنان است از قبیل ولادت، رضاع، بکارت، عیوب درونی زنان، با گواهی چهار زن، دومرد یا یك مرد و دوزن.

د ـ اصل نکاح با گواهی دومرد و یا یك مرد و دوزن.»

بدین ترتیب در مقررات مدنی هم که در حقوق ایران در مورد جنسیت شاهد سخنی به میان نیامده بود در این مصوبه اخیر تعیین تکلیف شد و تصریح شد که در برخی موارد شهادت زن اعتبار ندارد و در مواردی هم که اعتبار دارد، شهادت دوزن مساوی شهادت یك مرد است.

مبحث دوم: شهادت زن در نظریه رایج فقهاء

قبل از ورود در بحث بررسی مبانی شرعی و فقهی مربوط به تفاوت ارزش شهادت زن و مرد مناسب است نظر رایج و متداول فقهاء در خصوص ارزش شهادت زن در امور کیفری و مدنی را بیان کنیم. اجمالاً می‌توان گفت وضع شهادت زن از نظر فقهاء به این ترتیب است:

۱ـ در اموری کیفری در حدود و یا به تعبیر فقهاء در حق اللّه، اصولاً شهادت زن ارزشی ندارد و موجب اثبات جرم نمی‌شود جز در مورد زنا که با شهادت سه مرد عادل و دوزن عادل زنای موجب حد جلد یا رجم و با شهادت دومرد عادل و چهار زن عادل زنای موجب حد جلد ثابت می‌شود.

۲ـ در امور حقوقی و یا حق‌الناس اصولاً امور غیر مالی با شهادت زنان نه به صورت انفراد و نه با انضمام به مردان قابل اثبات نیست.

۳ـ در امور مالی شهادت دوزن به انضمام یك مرد می‌تواند موجب اثبات دعوی شود.

۴ـ در برخی موارد محدود ممکن است موضوع را فقط با شهادت زنان ثابت کرد و آن

مواردی است که عادتاً مردان نمی توانند بر آن اطلاع پیدا کنند مانند تولد طفل، بکارت، عیوب باطنی زنان، حیض و امثال اینها، ولی علی الاصول هر جا شهادت زنان قابل پذیرش است، شهادت دوزن معادل شهادت یك مرد به حساب می آید.

۵ـ در برخی از موارد شهادت زنان می تواند مقداری از مورد شهادت را اثبات کند نه همه مورد خواسته را؛ مثلاً در مورد شهادت بر وصیت اگر چهار زن شهادت دهند که فردی مقداری از مال خود را وصیت کرده است، وصیت ثابت می شود. ولی اگر سه زن شهادت دادند سه چهارم آن ثابت می‌شود. اگر دو زن شهادت دادند نصف و اگر فقط یك زن شهادت بر وصیت دهد یك چهارم مورد وصیت ثابت می‌شود. و همین طور در مورد شهادت بر حیات داشتن جنینی که متولد شده و مرده است شهادت یك زن یك چهارم سهم‌الارث را برای بچه ثابت می کند، شهادت دوزن نصف و همین طور سه زن، سه چهارم و چهار زن، تمام سهم‌الارث را برای او ثابت خواهد نمود.

تقسیم بندی محقق صاحب شرایع

این ترتیب که ذکر شد، تقریباً در تمام کتب فقهی با اندك اختلافی در برخی از فروع آمده است به عنوان نمونه تقسیم‌بندی محقق در شرایع را ذکر می کنیم؛ وی می گوید، حقوق بر دوقسم است: حق اللّه و حق‌الناس، در قسم اول یعنی حق‌اللّه برخی فقط با شهادت چهار مرد ثابت می‌شود مثل زنا و لواط و مساحقه، فقط زنا با سه مرد و دوزن و دومرد و چهار زن نیز ثابت می‌شود ولی البته حد رجم با شهادت دومرد و چهار زن ثابت نمی‌شود، بعضی از اقسام حق‌اللّه نیز با دوشاهد مرد ثابت می‌شود که آنها عبارتند از حدودی مانند سرقت، شرب خمر و ارتداد.

هیچیك از اقسام حق‌اللّه با یك شاهد و دوزن و یا با یك شاهد و قسم مدعی و یا با شهادت زنان به تنهایی ولو خیلی زیاد باشند ثابت نمی‌شود.

و اما حق الناس یا حقوق آدمی سه دسته است:

۱ـ دسته‌ای که فقط بادوشاهد مرد ثابت می‌شود که عبارتند از: طلاق، خلع، وکالت، وصیت، نسب و رؤیت هلال.

۲ـ دسته‌ای از حقوق که با دوشاهد مرد و یك شاهد مرد و دو شاهد زن و یك شاهد

مرد با قسم ثابت می‌شوند و عبارتند از: دیون و اموال و عقود معاوضی چون بیع، صلح، اجاره و مساقات و رهن و جرمی که موجب دیه است.

۳ـ دسته‌ای از حقوق که با شهادت زن و مرد جداگانه یا به ضمیمه یکدیگر ثابت می‌شوند و عبارتند از: ولادت، حیات جنین هنگام ولادت (استهلال) عیوب باطنی زنان،

آنگاه می‌گوید: در مورد دیون و اموال، شهادت دوزن با یك مرد و شهادت دوزن با قسم پذیرفته می‌شود و شهادت زنان به تنهایی هرچند زیاد باشند قابل قبول نیست.

و شهادت یك زن برای یك چهارم میراث بچه‌ای که زنده متولد شده و فوت کرده و نیز یك چهارم وصیت پذیرفته می‌شود. و علی‌الاصول هرجا شهادت زنان بدون انضمام مردان پذیرفته می‌شود اقلاً باید چهار زن باشند.[1]

علاوه بر فقهای شیعه فقهای اهل سنت نیز تقریباً بر همین منوال نظر داده‌اند و علی‌الاصول شهادت زنان را در حدود و قصاص و امور غیرمالی نپذیرفتند و در امور مالی شهادت دوزن را معادل یك مرد قابل پذیرش دانسته‌اند.[2]

البته از برخی فقهاء نیز خلاف این نظر رایج نقل قول شده است، چنانکه مثلاً به نقل ابن قدامه در کتاب المغنی، دو تن از فقهای اهل سنت به نامهای عطا و حماد معتقدند در حدود و قصاص نیز شهادت یك مرد و دوزن پذیرفته است.[3] چنانکه در بین فقهای شیعه نیز به نقل صاحب جواهر، ابوعلی معتقد بوده که شهادت زنان با مردان در حدود و انساب و طلاق پذیرفته می‌شود.[4]

---

۱. ر.ك: مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۴؛ متن شرایع در مسالك از صفحه ۲۴۵ تا ۲۵۹ و نیز به همین مضمون دیگر کتب فقهی از جمله: تحریر الوسیله، امام خمینی، ج ۲، ص ۴۴۶، مبانی تکملة المنهاج، آقای خوئی ج اول، ص ۱۱۸ تا ۱۲۹، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد از علامه حلی و پسرش فخر المحققین، ج ۴، ص ۴۳۱ تا ۴۳۶، فقه‌القرآن از قطب الدین راوندی، ج اول، ص ۴۲۸، جواهر الکلام، شیخ محمدحسن نجفی، ج ۴۱ از ص ۱۵۴ تا ۱۷۸ و الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه از شهید اول، ص ۱۹۴، سرائر از ابن ادریس، ج ۲، ص ۱۳۷ و سایر کتب فقهی با اندك اختلاف در برخی از فروع.

۲. به‌عنوان نمونه ر.ك: مغنی ابن قدامه، ج ۹، ص ۱۴۷ تا ۱۵۱ و احکام القرآن از امام شافعی دو جلد در یك جلد، ج ۲، ص ۱۳۲ تا ۱۳۴.

۳. مغنی، ابن قدامه، ج ۹، پیشین، ص ۱۴۸.

۴. جواهر الکلام، ج ۴۱، پیشین، ص ۱۶۰.

در هر حال قدر مسلم و مشترکی که در این نظریات فقهی وجود دارد، محدودیت شهادت زن نسبت به قلمرو شهادت مرد و پائین تر بودن ارزش شهادت زن نسبت به مرد است، زیرا همانگونه که دیدیم در بسیاری از موارد یعنی در اکثر موارد حدود و در موارد قصاص و امور غیرمالی اصولاً شهادت زن پذیرفته نمی‌شود. در امور مالی هم که شهادت زن قابل پذیرش است علی الاصول شهادت زنان به تنهایی قابل قبول نیست بلکه باید منضم به شهادت مرد باشد و شهادت دوزن معادل شهادت یك مرد محسوب است. فقط در برخی موارد استثنایی یعنی مواردی که اصولاً اطلاع از آنها در حیطه کاری زنان است، شهادت آنان بدون انضمام به مردان قابل پذیرش است ولی در آنجا هم همچنان میزان ارزش شهادت زن نصف مرد است، و علی الاصول هرجا شهادت زنان به تنهایی هم پذیرفته شود باید چهار زن شهادت بدهند.[1] حال ببینیم مبنای این نظر فقهی و این تفاوت چیست؟ و فقهاء بر چه پایه‌ای چنین نظریاتی داده‌اند. طبیعتاً مبنای عمده فتاوی فقهاء، قرآن و سنت است که به ترتیب وضع شهادت زن را درقرآن و سنت بررسی می کنیم.

مبحث سوم: وضع شهادت زن درقرآن و سنت

۱ـ قرآن

در قرآن کریم در چهار مورد ار شهادت سخن به میان آمده که در یك مورد آن مشخصاً از شهادت زن و میزان ارزش آن صحبت شده است، این چهار مورد عبارتند از:

الف ـ وصیت: در آیه ۱۰۶ سوره مائده از شهادت دو مسلمان عادل برای وصیت صحبت شده و اشاره شده که در صورت نبودن مسلمان می‌توان از شهادت دونفر غیرمسلمان استفاده نمود: «یا ایها الذین آمنوا شهادة بینکم اذا حضر احدکم الموت حین الوصیة اثنان ذواعدل منکم او آخران من غیرکم ان انتم ضربتم فی الارض فاصابتکم

---

۱. مسالك الافهام، پیشین، ص ۲۵۸ و سایر منابع فقهی یاد شده.

مصیبة الموت...» یعنی ای مؤمنان هنگام فرارسیدن مرگ اگر خواستید وصیت کنید، دو شاهد عادل از خودتان یا اگر در سفر بودید دو نفر از غیرخودتان بر وصیت شاهد باشند.

ب ـ طلاق: در مورد طلاق و رجوع نیز به شهادت دوعادل اشاره شده است. آیه ۲ از سوره طلاق می‌فرماید:«فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف و اشهدوا ذوی عدل منکم و اقیموا الشهادةللّه...» یعنی (درمورد طلاق) وقتی عده زنان فرارسید یا آنها را بخوبی نگه‌دارید یا بخوبی از آنان جدا شوید و دو شاهد عادل از خودتان بگیرید که برای خدا شهادت بدهند.

ج ـ زنا: در قرآن کریم در دو مورد از لزوم وجود چهار شاهد برای اثبات زنا و اجرای مجازات حد، صحبت شده است یکی در سوره نساء آیه ۱۵ که خداوند می‌فرماید:«واللاتی یا تین الفاحشة من نسائکم فاستشهدوا علیهن اربعة منکم فان شهدوا فامسکوهن فی البیوت حتی یتوفیهن الموت أویجعل اللّه لهن سبیلا» یعنی «در مورد زنانی که مرتکب فحشا می‌شوند از چهار نفر استشهاد کنید اگر چهار نفر شهادت دادند آنان را در خانه نگاه دارید تا مرگ آنها در رسد یا خداوند راهی برایشان قرار دهد». چنانکه ملاحظه می‌شود در این آیه برای اثبات جرم زنای زن و اعمال مجازات که طبق این آیه حبس دائم برای زن می‌باشد، شهادت چهار شاهد لازم است. مورد دیگر سوره نور هست که در آنجا هم برای اثبات زنا شهادت چهار شاهد لازم شناخته شده است و این معنی در آیات ۴ و ۱۳ دیده می‌شود. در آیه ۴ سوره نور خداوند می‌فرماید:«والذین یرمون المحصنات ثم لم یاتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة و لاتقبلوا لهم شهادة ابدا و اولئك هم الفاسقون.» یعنی: «کسانی که نسبت زنا به زنان عفیفه می‌دهند و چهار شاهد بر ادعای خود ندارند به آنها هشتاد تازیانه بزنید و هیچگاه شهادت آنان را قبول نکنید و آنان فاسق هستند.» و آیه ۱۳ در مورد نکوهش افك و افتراء و مذمت اعلام تهمت زنا بدون داشتن چهار شاهد می‌فرماید:«لولا جاؤا علیه باربعة شهداء فاذلم یأتوا بالشهداء فاولئك عندالله هم الکاذبون». یعنی «چرا بر گفته خود چهار شاهد نیاوردند چون شاهد نیاوردند نزد خدا دروغگو محسوب‌اند.»

د ـ دَین: مورد چهارمی که در قرآن از حکم شهادت بحث شده شهادت بر دَین است. طولانی ترین آیه قرآن یعنی آیه ۲۸۲ از سوره بقره پس از بیان اینکه در مورد دین و طلب شخصی از دیگری خوب است موضوع مکتوب و نوشته شود و شاهد بر آن گرفته شود می فرماید: «و استشهدوا شهیدین من رجالکم فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احدیهما فتذکر احدیهما الاخری.» یعنی: «دو شاهد از بین مردانتان به شهادت بگیرید اگر دو مرد نبودند یك مرد و دو زن از کسانی را که قبول دارید شاهد بگیرید که اگر یکی از آنها فراموش کرد دیگری او را یادآوری نماید.»

چنانکه مشهود است، در این آیه ابتدا به حضور دو شاهد مرد سخن رفته و اشاره شده در صورت نبودن دو مرد، یك مرد و دو زن به عنوان شاهد در نظر گرفته شوند حکمت آنهم بدین صورت بیان شده که اگر یکی از دو زن شاهد موضوع را فراموش کرد و از یاد برد، دیگری یادآوری نماید و موضوع را به خاطر او بیاورد.

همان طور که ملاحظه می‌شود در قرآن کریم برای اثبات جرم زنا بر شهادت چهار شاهد تأکید شده ولی در مورد شهادت بر وصیت و طلاق حضور دو شاهد عادل لازم دانسته شده است. در این سه مورد تصریحی بر مرد بودن یا زن بودن شاهد نشده است ولی سیاق عبارت و ذکر مطلب به صیغه مذکر به گونه‌ای است که عموماً از این آیات مرد بودن شاهد را فهمیده‌اند[۱]. در آیه ۲۸۲ سوره بقره به صراحت اولویت اول به دو شاهد مرد داده شده و در

---

۱. ر.ك: عبارت شافعی در احکام القرآن (ج ۲، صص ۱۳۰ و ۱۳۱) که در مورد آیه ۱۵ سوره نساء «فاستشهدوا علیهن اربعة منکم...» می گوید: فلا تتم الشهادة فی الزنا الا باربعة شهداء لا امرأة فیهم لان الظاهر من الشهداء الرجال و در آیه ۲ سوره طلاق که آمده است: واشهدوا ذوی عدل منکم... می گوید: فدل ذالك علی ان کمال الشهادة فی الطلاق والرجعة شاهدان لا نساء فیهما لان شاهدین لایحتمل بحال ان یکونا الا رجلین و نیز در خصوص آیه ۱۰۶ سوره مائده در مورد وصیت که آمده است: ...اثنان ذوا عدل منکم، می گوید: فلم یذکر معهم امرأة. اما در امور مالی شهادت زنان مجاز است چون خداوند در آیه دین آن را اجازه داده است عبارت شافعی چنین است: «...فتجاز فیه شهادة النساء مع الرجال لانه فی معنی الموضوع الذی اجازهن الله فیه فیجوز قیاساً لا یختلف هذا القول ولا یجوز غیره والله اعلم. (احکام القرآن، ص ۱۳۴) می توان گفت نمونه استنباط شافعی در این آیات قرآن در نظر و استنباط دیگر فقیهان اعم از شیعه و سنی صادق است. همچنین ر.ك: کتاب احکام القرآن، ابوبکر محمد بن عبدالله معروف به ابن العربی، ج اول، ص ۳۵۶ ذیل آیه ۱۵ سوره نساء و ج دوم، ص ۷۲۰ ذیل آیه ۱۰۶ سوره مائده و ج چهارم ذیل آیه ۲ سوره طلاق که در هر سه مورد از الفاظ بکار رفته در آیات مزبور: «فاستشهدوا علیهن اربعة منکم، اثنان ذوا عدل منکم، واشهدوا ذوی عدل منکم» استدلال می کند که مخصوص مردان است و نمی تواند زنان را شامل شود.

درجه دوم شهادت زن هم پذیرفته شده ولی به این صورت که اولاً به ضمیمه مرد باشد و ثانیاً شهادت دو زن معادل شهادت یك مرد محسوب گردد.

استنباط سنّتی فقیهان از آیات قرآن در مورد شهادت زن

به نظر می‌رسد، عموم فقهاء اعم از شیعه و سنی از نحوه بیان آیات قرآن مربوط به شهادت این گونه استنباط کرده‌اند که چون در مورد زنا که از حدود است و وصیت و طلاق که ذاتاً امور غیر مالی هستند شهادت مردان عادل لازم دانسته شده بنابراین در حدود و به تعبیر دیگر در حق‌الله و همچنین در امور غیر مالی در مورد حقوق آدمی شهادت زنان فاقد ارزش است و نمی‌تواند چیزی را اثبات کند و اما در مورد دَین و به طور کلی امور مالی یعنی مواردی که با شهادت، مالی و یا حق مالی برای مشهودله ثابت می‌شود با توجه به اینکه در سوره بقره به شهادت زنان نیز به نوعی (یعنی دو زن در مقابل یك مرد) اعتبار داده شده است، این حکم کلی را استخراج نمودند که در امور مالی شهادت دو زن به انضمام شهادت یك مرد مؤثر خواهد بود. طبعاً آن عده اندك از فقهاء که در همه امور شهادت زنان را نیز به انضمام مردان با معیار دو زن در مقابل یك مرد پذیرفتند استنباطشان از آیات قرآن این است که هر چند در مورد زنا، وصیت و طلاق به صیغه مذکر و به حسب ظاهر از شاهد مرد سخن رفته ولی اعتبار شهادت زن نفی نشده است و می‌توان ملاك آیه ۲۸۲ سوره بقره را در مورد اعتبار شهادت دو زن معادل یك مرد و به ضمیمه مرد در موارد دیگر تعمیم داد، و در کلیه امور مالی و غیر مالی و حق‌الله و حق‌الناس بر این معیار عمل نمود.

از فقیهان اهل سنت ابوبکر جصاص صاحب کتاب احکام القرآن معتقد است در آیه ۲۸۲ سوره بقره شهادت یك مرد و دو زن به عنوان دو شاهد پذیرفته شده است بنابراین می‌توان گفت در هر جا شهادت دو شاهد عادل یا بینه در لسان شرع ذکر شده و لازم دانسته شده می‌توان از دو شاهد مرد یا یك مرد و دو زن استفاده کرد و فرقی بین امور مالی و غیر مالی نیست فقط مواردی که نص و دلیل خاص وجود دارد که شهادت زن پذیرفته نیست باید از این حکم کلی استثناء شود.[1]

---

۱. ر.ك: احکام القرآن، ابوبکر جصاص، ج اول، صص ۵۰۱ و ۵۰۲: «... فثبت الوجه الثانی و هو انه اراد تسمیة الرجل و المرأتین شهیدین فیکون ذالك اسما شرعیا یجب اعتباره فیما امر نافیه باستشهاد شهیدین الا موضعا قام الدلیل علیه...»

برداشتهای جدید از آیات قرآن در مورد شهادت زن

اخیراً دیده شده بعضی پا را از این هم فراتر گذاشته و گفته‌اند درقرآن فقط در خصوص امور مالی و شهادت بر دین به شهادت یك مرد و دوزن استناد شده است ولی در موارد دیگر که به شهادت شهود استناد شده بحثی از زن و مرد به میان نیامده، و بنابراین فرقی بین زن و مرد و تعداد آنها در شهادت نیست مثلاً در مورد شهادت بر زنا فقط شهادت شهود درقرآن لازم دانسته شده است بدون اینکه به جنسیت اشاره شده باشد.

به این نوع تفسیر و استنباط در نوشته‌های فقیهان برخورد نکردم ولی آن را در نطق نماینده دولت لیبی در اجلاس ۵۶ کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل که در تاریخ ۷۹/۱/۲۲(۱۰ آوریل ۲۰۰۰) ایراد کرد شنیدم، عین عبارت وی که به عربی سخن می گفت چنین بود: «... و فی غیر النواحی المالیة، فقدنص القرآن الکریم علی معادلة شهادة الجنسین بدون تفریق، و اضرب علی ذالك مثلاً عندالشهادة فی حالات الزنا، فقد أقر القرآن الکریم وجوب وجود شهود بدون تحدید لجنسهم.»

بر مبنای این نظر وقتی در آیه ۱۵ سوره نساء و آیات ۴ و ۱۳ سوره نور شهادت چهار شاهد برای اثبات زنا لازم دانسته شده، چون تصریح به جنسیت و تفاوت زن و مرد نشده، می توان گفت این چهار شاهد ممکن است چهار مرد یا چهار زن یا بعضی زن و بعضی مرد باشند. متأسفانه تا این تاریخ نتوانستم از بین فقیهان کسی که مطابق این برداشت نظر داده باشد بیابم.

همین سخنران معتقد بود حتی در مورد دین در آیه ۲۸۲ سوره بقره هم منظور این نیست که به طور مطلق و برای همیشه شهادت دوزن برابر شهادت یك مرد است بلکه بر مبنای حکمتی که برای دونفر بودن زن در ادای شهادت ذکر شده (اگر یکی فراموش کرد، دیگری او را یادآوری نماید: ان تضل احدیهما فتذکر احدیهما الاخری) فهمیده می‌شود که لزوم وجود دوزن جنبه احتیاطی دارد و برای این است که اگر یکی فراموش کرد دیگری یادآوری نماید و لازمه این امر آن است که اگر یك شاهد زن در کنار یك شاهد مرد ملتفت و متذکر قضیه بود و توانست بر جزئیات امر شهادت دهد دیگر نیازی به زن دیگر که وجودش جنبه احتیاطی و یادآوری داشته نیست و شهادت همان زن اولی مساوی شهادت مرد

به‌حساب می آید «معنی ذالك ان المرأة الاخری هی عامل للتذكير فی حال الحاجة اليها، ای انها احتياطية، تستدعی فی حال الحاجة اليها، و انطلاقا من ذالك، فان الشاهدة الرئيسية فی حال تذكرها جميع تفاصيل عملية الاقتراض، انتفت الحاجة للمرأة الاخری الاحتياطية و تصبح بذالك شهادة الشاهدة الاولی مساوية لشهادة الرجل». وی در مورد علت قرار دادن شاهد احتیاطی در صورت زن بودن شاهد در امور مالی را، در واقع دور بودن زنان از امور مالی و بازرگانی در هنگام نزول قرآن ذکر می کند که طبعاً لازمه آن، این است که وقتی این جهت دیگر وجود نداشت و به طور غالب در جامعه‌ای زنان وارد به مسائل مالی و تجاری شدند، نیازی به شاهد احتیاطی نیست و شهادت یك زن همانند شهادت یك مرد، مورد توجه قرار می گیرد. نظیر همین مطلب در سمینار دیدگاههای اسلامی در مورد اعلامیه جهانی حقوق بشر که در ۱۸ آبان ماه ۱۳۷۷ در ژنو برگزار شد از سوی یکی از صاحب نظران اهل سنت ابراز شد. وی با اشاره به اینکه در برخورد با احکام اسلامی و فهم آنها از قرآن و سنت دو مکتب مبتنی بر تفسیر لفظی و تفسیر بر مبنای حکمت و فلسفه حکم وجود دارد و اینکه عمر خلیفه دوم از طرفداران مکتب دوم بود، گفت عمر اولین کسی بود که اعلام کرد شهادت زنان به تنهایی در رابطه با مواردی که اطلاع از آنها معمولاً مربوط به زنان می‌باشد پذیرفته است و اگر عمر در زمان ما بود و مشارکت فعال و گسترده زنان را در امور اجتماعی و پیشرفت علمی آنان را می‌دید بر مبنای همان دیدگاهی که در تفسیر احکام از قرآن داشت، در امور مالی هم شهادت زنان را به تنهایی می‌پذیرفت و آن را منافی با احکام قرآن نمی‌دانست.

۲ـ روایات

اصولاً نظرات رایج فقهی را که در باب شهادت زنان و میزان ارزش آن ذکر کردیم مبتنی بر قرآن و روایات نسبتاً زیادی است که در این باب وارد شده و همانها ملاك فتوای فقهاء قرار گرفته است. در این قسمت به تعدادی از روایات که مبنای فتاوی است اشاره می کنیم و چون عموماً مستند فتوای فقیهان ما روایات منقوله در وسائل الشیعه است روایات مورد نظر را عمدتاً از این مأخذ نقل می نمائیم:

الف ـ نقل تعدادی از روایات

۱ـ در یك روایت، شهادت زنان صالحه به طور مطلق قابل قبول اعلام شده است . ابن ابی یعفور از امام باقر (ع) نقل کرده که حضرت فرمود: شهادت زنان پوشیده، پاکدامن، فرمانبردار شوهر و تارك ابتذال و ظاهر شدن با آرایش در جمع مردان پذیرفته می‌شود. «تقبل شهادة المرأة و النسوة اذا کن مستورات من اهل البیوتات معروفات بالتستر و العفاف، مطیعات للازواج، تارکات للبذاء و التبرج الی الرجال فی اندیتهم». [۱]

البته این روایت را حمل کردند بر اینکه شهادت زن فی الجمله پذیرفته است و طبعاً سایر شرایطی که برای قبولی شهادت لازم است باید موجود باشد.

۲ـ امام باقر(ع) از پدرش از علی (ع) روایت کرده است که فرمود: شهادت زنان در حدود و در قصاص قبول نیست [۲] «لاتجوز شهادة النساء فی الحدود ولا فی القود...» نظیر همین روایت از طریق دیگر نیز از امام باقر (ع) نقل شده است.

۳ـ محمدبن فضیل می گوید: از حضرت رضا (ع) پرسیدم: آیا شهادت زنان در نکاح یا طلاق یا رجم جایز است فرمود: شهادت زنان در اموری که مردان نمی توانند به آنها نگاه کنند بدون انضمام به شهادت مردان جایز است و در نکاح شهادتشان با ضمیمه شهادت مرد قبول است و در حد زنا نیز شهادت سه مرد و دوزن پذیرفته است ولی شهادت دومرد و چهار زن در زنا و رجم پذیرفته نیست،شهادت زنان در طلاق و در مورد خون(قتل، قصاص) پذیرفته نمی‌شود. [۳]

«محمد بن الفضیل قال: سألت ابا لحسن الرضا (ع) قلت له: تجوز شهادة النساء فی نکاح او طلاق او رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فیما لایستطیع الرجال ان ینظروا الیه و لیس معهن رجل و تجوز شهادتهن فی النکاح اذا کان معهن رجل و تجوز شهادتهن فی حدالزنا اذا کان ثلاثة رجال و امرأتان ولا تجوز شهادة رجلین و اربع نسوة فی الزنا و الرجم و لاتجوز شهادتهن فی الطلاق ولا فی الدم».

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۹۴، روایت ۲۰ از باب ۴۱ باب ما یعتبر فی الشاهد من العدالة.

۱. پیشین، ص ۲۶۴، روایت ۲۹ از باب ۲۴ کتاب الشهادات باب ما تجوز شهاده النساء فیه و ما لاتجوز.

۲. پیشین، ص ۲۶۷، روایت ۴۲، از باب ۲۴.

روایات متعددی در این زمینه که حد رجم با سه مرد و دوزن ثابت می‌شود ولی با دومرد و چهار زن ثابت نمی‌شود در همین باب نقل شده است که نیاز به تکرار آنها نیست.

۴ـ از طریق سکونی از امام صادق(ع) از پدرش علی(ع) نقل شده که حضرت فرمود: شهادت زنان در طلاق، نکاح و حدود جایز نیست مگر در مورد دیون و اموری که مردان نمی‌توانند آنها را مشاهده کنند.[۱] «عن السکونی عن جعفر عن ابیه عن علی (ع) انه کان یقول: شهادة النساء لاتجوز فی طلاق و لانکاح و لافی حدود، الا فی الدیون و مالایستطیع الرجال النظر الیه».

۵ـ ابی بصیر از امام(ع) در مورد شهادت زنان سؤال می کند امام می‌فرماید: شهادت زنان به‌تنهایی در آن مواردی که مردان نمی‌توانند به آن نگاه کنند پذیرفته می‌شود و در نکاح اگر با شهادت مردان توأم باشد، قابل پذیرش است و در طلاق و قصاص (خون) پذیرفته نیست، ولی اگر سه مرد و دوزن به زنا شهادت دهند، حد زنا ثابت است، ولی با شهادت دومرد و چهار زن حد زنا ثابت نمی‌شود. «عن ابی بصیر قال: سألته عن شهادة النساء فقال: تجوز شهادة النساء و حدهن علی ما لایستطیع الرجال النظر الیه و تجوز شهادة النساء فی النکاح اذا کان معهن رجل، و لاتجوز فی الطلاق و لافی الدم غیر انها تجوز شهادتها فی حد الزنا اذا کان ثلاثة رجال و امرأتان ولاتجوز شهادة رجلین و اربع نسوة».[۲]

۶ـ از امام صادق(ع) نقل شده که فرمود: پیامبر(ص) شهادت زنان را در دین (قرض) به تنهایی و بدون انضمام به شهادت مرد اجازه داده است «عن ابی عبدالله(ع) قال: ان رسول الله(ص) اجاز شهادة النساء فی الدین ولیس معهن رجل».[۳]

۷ـ از امام صادق(ع) نقل شده که شهادت زن در مورد چیزی که زیاد نیست، پذیرفته می‌شود و در موردی که زیاد باشد قابل قبول نیست. «عن ابی عبدالله(ع) قال: تجوز شهادة المرأة فی الشیئی الذی لیس کثیر فی الامر الدون و لاتجوز فی الکثیر».[۴]

---

۱. پیشین، ص ۲۶۷، روایت ۴۲، از باب ۲۴.
۲. پیشین، ص ۲۵۸، روایت ۴، از باب ۲۴.
۳. پیشین، ص ۲۶۲، روایت ۲۰، از باب ۲۴.
۴. پیشین، ص ۲۶۳، روایت ۲۲، از باب ۲۴.

۸ـ از امام صادق (ع) نقل شده که فرمود اگر زنی به هنگام وصیت مردی حاضر باشد و به وصیت او شهادت دهد نسبت به یك چهارم آنچه وصیت کرده شهادت زن نافذ است. «عن ابی عبدالله (ع) فی شهادة امرأة حضرت رجلا یوصی فقال: یجوز فی ربع ما اوصی بحساب شهادتها». و نظیر همین مطلب از امام باقر(ع) از حضرت علی (ع) نقل شده است.[1]

۹ـ از امام صادق (ع) نقل شده که مردی فوت کرد و زن حامله‌ای از خود، به‌جای گذاشت، زن وضع حمل کرد، و بچه‌ای به دنیا آورد که بچه بلافاصله پس از تولد فوت کرده است و زن قابله شهادت می‌دهد که بچه زنده به دنیا آمده و مرده است. امام فرمود می‌توان شهادت زن قابله را نسبت به یك چهارم میراث کودك پذیرفت.[2]

۱۰ـ از امام صادق (ع) سؤال شده که زنی شهادت داده مردی بچه‌ای را در چاه افکنده و بچه مرده است، امام فرمود با شهادت زن یك چهارم دیه کودك برعهده مرد ثابت می‌شود.[3]

۱۱ـ از امام موسی بن جعفر (ابوالحسن) (ع) نقل شده است که فرمود: اگر دوزن به نفع صاحب حق شهادت دهند و مدعی سوگند بخورد دعوایش ثابت می‌شود «اذا شهد لصاحب الحق امرأتان و یمینه فهو جائز».[4]

در مورد ثبوت قصاص با شهادت زنان روایات مختلف است، بسیاری از آنها شهادت زنان را برای اثبات قتل عمد و قصاص مؤثر نمی‌دانند که بعضی از آنها ذکر شد و برخی از آنها شهادت زنان را به انضمام مردان برای اثبات قتل جایز می‌دانند مثل روایت ۳۲ از باب ۲۴ کتاب الشهادات وسائل الشیعه،... فقلت: افتجوز شهادة النساء مع الرجال فی الدم؟ قال: نعم (درحالی که در روایت شماره ۲۷ از همان باب به نقل از امام صادق(ع) آمده است که: لاتجوز شهادة النساء فی القتل، شهادت زنان برای اثبات قتل کافی نیست).

---

۱. پیشین، ص ۲۶۱، روایت ۱۵ و ۱۶، از باب ۲۴.
۲. پیشین، ص ۲۵۹، روایت ۶، از باب ۲۴.
۳. پیشین، ص ۲۶۵، روایت ۳۳، از باب ۲۴.
۴. پیشین، ص ۲۶۴، روایت ۳۱، از باب ۲۴.

ب ـ نتیجه گیری از روایات مربوط به شهادت

با سیر اجمالی در روایات مختلفه منقول از رسول خدا(ص) و ائمه اطهار(ع) صرف نظر از بررسی صحت و سقم اسناد آنها که چندان تأثیری در مورد ندارد، می توان به همان نظر مشهور فقهی رسید که قسمت جزائی آن در قانون مجازات اسلامی فعلی ایران و قسمت مدنی آن در قانون آئین دادرسی مدنی اخیر التصویب منعکس است، و نتیجه کلی آن همان‌طور که قبلاً نیز گفتیم به هر حال این است که ارزش شهادت زن معادل شهادت مرد نیست در بعضی موارد اساساً شهادت زن هیچ اعتباری ندارد و در برخی موارد با انضمام به شهادت مرد و در حد نصف شهادت مرد اعتبار دارد و در برخی موارد جزئی و بسیار محدود اعتباری برای شهادت زنان بدون انضمام به شهادت مردان داده شده است.

ولی همان طور که ملاحظه کردیم در بین روایات وارده، دو روایت وضع متفاوتی را در مورد شهادت زن بیان می کرد یکی: روایت ردیف یك به طور مطلق شهادت زنان صالحه را قابل قبول می‌دانست؛ دیگری روایت شماره ۶ که برخلاف رویه معمول و جاری شهادت زنان را بدون اینکه لازم باشد در معیت مرد ادا شود در مورد قرض صحیح می‌دانست که البته بعید می‌دانم کسی بر مبنای این تلقی از روایات فتوی داده باشد.

در برخی روایات که مبنای فتاوی فقهاء و مستند قانون مجازت اسلامی ایران نیز واقع شده احکام متفاوتی در مورد شهادت زنان وجود دارد که توجیه متناسبی برای آن به نظر نمی‌رسد. مثلاً در حالی که شهادت زنان نه به تنهایی و نه به انضمام با مردان برای اثبات هیچیك از حدود چون لواط، مساحقه، قذف، قوادی، محاربه، سرقت و نیز قصاص، مؤثر نیست، استثنائاً در مورد زنا با شهادت سه مرد و دوزن یا دومرد و چهار زن حد زنا ثابت می‌شود ولی در همین مورد هم حد رجم با شهادت دومرد و چهار زن ثابت نمی‌شود و با شهادت یك مرد و مثلاً شش زن هم اصولاً هیچ نوع حدی برای زنا قابل اثبات نیست. حال اگر سؤال شود چطور حد زنا با شهادت سه مرد و دوزن ثابت می‌شود ولی حد مساحقه که اختصاص به زنان دارد با هیچ ترکیبی از زنان قابل اثبات نیست، ظاهراً پاسخی جز استناد به بودن نص در مورد زنا و عدم آن در مورد مساحقه و تعبدی بودن حکم وجود ندارد.

در اجتهاد رایج سنتی و شیوه متداول استنباط احکام و دادن فتوی که عمدتاً بر مبنای منطوق و احیاناً مفهوم آیات قرآن و روایات قرار دارد به نظر نمی‌رسد بتوان به نظر اجتهادی و فتوایی متفاوت از آنچه رایج است رسید و تحولی در رابطه با ارزش شهادت زن و مقایسه آن با شهادت مرد به وجود آورد البته اختلاف فتوی در برخی فروع و مسائل وجود دارد که به آنها اشاره شد ولی تفاوت اساسی در فتواها وجود ندارد و قاعدتاً نمی‌تواند وجود داشته باشد. ولی مسأله مهمی که لازم است به آن پرداخت این است که حکمت این تفاوت در ارزش گذاری بین شهادت زن و مرد چیست؟ و آیا می توان به این حکمت دست یافت و بر مبنای آن به استنباط جدیدی رسید یا خیر؟

مبحث چهارم: حکمت عدم برابری شهادت زن و مرد

الف- نظریه ممنوعیت کنکاش در فلسفه احکام

برخی معتقدند اصولاً نباید دنبال حکمت و علت احکام و مقررات شرعی برآمد، آنچه ما تکلیف و وظیفه داریم این است که از روی ادله شرعی حکم خدا را به دست بیاوریم ولی دستیابی به فلسفه و حکمت احکام، نه وظیفه و نه در بسیاری از موارد در توان ماست. همین که از طریق کتاب و سنت، حکم شریعت به دست آمد، باید به آن حکم گردن نهاد و نباید در مقام تشخیص فلسفه و حکمت و توجیه آن حکم برآمد[1] چه اینکه ممکن است حکم الهی مبتنی بر حکمت‌های خفیه‌ای باشد که برای انسان قابل درك نباشد. ابن عربی صاحب کتاب احکام القرآن در ذیل آیه ۲۸۲ سوره بقره و باتوجه به طرح اشکالی در مورد عبارت: ان تضل احدیهما فتذکر احدیهما الاخری می گوید: خداوند سبحان حکمی را که

۱. برای پی بردن به این نوع تفکر ر.ك: به‌عنوان نمونه مصاحبه استاد محترم آقای دکتر ابوالقاسم گرجی با روزنامه زن شماره ۱۴۵ مورخه یکشنبه ۲۵ بهمن ماه ۱۳۷۷ ص ۶ به نقل این روزنامه ایشان فرموده‌اند: «مسائل فقهی علت مشخصی ندارد و لزومی هم ندارد داشته باشد، به عبارت دیگر آنچه ما می توانیم در مسائل فقهی به دنبال آن باشیم دلیل آن است نه علت آن دلیل این مسائل نیز در کتاب و سنت ما آمده است.»

می‌خواهد وضع می‌کند و او خود به حکمت کار خویش و مصلحت وضع مقررات خود آگاهتر از همه است و ملزم نیست مردم را از حکمت و مصالح احکام آگاه نماید.[۱]

ب ـ نقصان ذاتی زن

برخی از صاحب نظران به بیان مصالح و حکمت‌های این تفاوت پرداخته‌اند، در این میان جمعی بی‌ملاحظه، پایین تر بودن عقل و درك و شعور زن را نسبت به مرد فلسفه وضع چنین حکمی دانسته‌اند و اساساً نصف بودن ارزش شهادت زن نسبت به مرد را دلیل ناقص العقل بودن زنان می‌دانند و بر این معنی به احادیثی نیز استناد می‌کنند، مثلاً حدیثی از پیامبر اکرم(ص) نقل می‌نمایند که خطاب به زنان فرمود دین و عقل شما از مردان ناقص تر است و وقتی زنان از پیامبر (ص) سؤال کردند نقصان دین و عقلشان از چیست؟ پیامبر (ص) فرمود نقصان دین به خاطر محروم بودن از نماز و روزه در چند روز از ماه است(ایام حیض) و نقصان عقل بدین جهت است که شهادت هر يك از شما نصف شهادت مرد است.[۲] صرفنظر از صحت و سقم روایاتی که در این زمینه نقل شده، به هر حال، این نوع طرز تفکر وجود داشته و شاید هنوز هم وجود داشته باشد. در این طرز تفکر، تکلیف روشن است، درك و فهم و توان فکری و تشخیص عقلانی زن ضعیف تر از مرد است و لذا گفته‌ها و قضاوتها و نقل مشهودات او یا نمی‌تواند منشأ اثر و تصمیم گیری باشد و یا حداکثر با ضمیمه شدن به شهادت مرد و در حد نصف شهادت مرد ممکن است قابل قبول تلقی گردد. در این نگرش، این تفاوت به وضع ذاتی زن و مرد برمی‌گردد و تحولات زمان و مکان و حتی پیشرفتهایی که زنان از لحاظ فکری و عملی پیدا نمودند نمی‌تواند آن ضعف و نقص ذاتی را جبران کند و تغییری در احکام مترتب بر آن ایجاد نماید. این نوع نگرش، دقیقاً چیزی است که امروزه طرفداران حقوق زن و مدافعین تساوی حقوق زن و مرد، با آن مبارزه می‌کنند و اسناد بین المللی حقوق بشری تلاش بر زدودن این نوع نگرش منفی نسبت به زن دارند. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان

---

۱. احکام القرآن، ابوبکر محمدبن عبدالله معروف به ابن العربی، ج اول، ص ۲۵۵: «... فالجواب فیه ان الله سبحانه شرع ما اراد و هو اعلم بالحکمة و اوفی بالمصلحة لیس ان یعلم الخلق وجوه الحکمة و انواع المصالح فی الاحکام...».

۲. احکام القرآن، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۵۳.

مصوب سال ۱۹۷۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که تاکنون دولتهای زیادی به آن پیوسته‌اند، هر نوع تمایز، محدودیت یا استثناء بر مبنای جنیست را تبعیض و مردود شمرده است(ماده۱) و دولتهای عضو را مکلف نموده که ضمن برقراری تساوی در حقوق مدنی و سیاسی در همه جهات بین زن و مرد، اصولاً اقدامات لازم را به منظور برانداختن تعصبات، عادات و روشهای عملی که بر طرز تفکر پست‌نگری یا برتربینی یك جنس نسبت به جنس دیگر یا نقش کلیشه‌ای زنان و مردان مبتنی است به عمل آورند (ماده ۵ کنوانسیون) و در ماده ۱۵ بند ۲ مقرر می‌دارد که دولتهای عضو باید همان اهلیت قانونی را که مردان از آن برخوردارند به زنان نیز بدهند و امکانات مساوی را برای اجرای این اهلیت در اختیار آنها قرار دهند و در تمام مراحل دادرسی در دادگاهها و محاکم با آنها رفتار یکسان داشته باشند.[1]

امروزه، تفکر غالب جهانی، نقصان ذاتی زن و پائین‌تر بودن طبیعی شعور و درك او را که تبعاتی چون محرومیت از قضاوت و شهادت داشته باشد، نمی‌پذیرد و کسانی که خلاف این نظر را دارند باید با دلایل علمی و مستندات محکم عینی و تجربی آن را ثابت نمایند، وگرنه استدلال بر ناقص‌العقل بودن آنها به نصف بودن ارزش شهادتشان نسبت به مردان مصادره بر مطلوب است و لذا صدور احادیثی مبتنی بر این نوع استدلال از پیامبر اکرم(ص) چنانکه قبلاً به آن اشاره شد و یا امیرالمؤمنین علی(ع) آن گونه که در نهج‌البلاغه آمده[2] قویاً مورد تردید است مگر اینکه بگوئیم برای پیامبر(ص) و امام علی(ع) دلایل متقن دیگری بر

---

۱. برای ملاحظه تفصیل موضوع ر.ك: کتاب حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، از همین نویسنده، انتشارات اطلاعات، سال ۱۳۷۴ ص ۲۳۹ به بعد.

۲. در نهج‌البلاغه خطبه ۸۰ (به نقل فیض‌الاسلام شماره ۷۹) از علی (ع) نقل شده که پس از فراغت از جنگ جمل در مورد زنان فرمود: «معاشر الناس ان النساء نواقص الایمان، نواقص الحظوظ، نواقص العقول، فاما نقصان ایمانهن فقعودهن عن الصلاة و الصیام فی ایام حیضهن و اما نقصان عقولهن فشهادة امرأتین کشهادة الرجل و اما نقصان حظوظهن فموار یثهن علی الانصاف من مواریث الرجال»، مردم زنان، کم ایمان، کم بهره و ناقص‌العقل‌اند، دلیل کمبود ایمانشان این است که در ایام حیض از ادای فرایض نماز و روزه محرومند، گواه ناقص‌العقل بودنشان این است که شهادت دو نفر آنان معادل شهادت یك مرد است و دلیل کم بهره بودنشان نصف بودن میراث آنها نسبت به مردان است.
جالب توجه است بعضی از شارحین نهج‌البلاغه که این کلام منسوب به مولا به طور مطلق برایشان قابل هضم نبوده آن را شامل همه زنان ندانسته و گفته‌اند منظور برخی از زنان‌اند و حتی سخن مزبور را با این ترتیب ترجمه کرده‌اند که:

←

ناقص العقل بودن زنان وجود داشته که در کلام آنها بیان نشده آنچه ذکر شده در واقع اثر و بروز خارجی این خاصیت ذاتی آنهاست نه آنکه واقعاً به عنوان دلیل و مثبت مدعا ذکر شده باشد.

ج- دور بودن زن از مسائل مالی و اجتماعی

جمعی از صاحب نظران اسلامی، دلیل تفاوت مزبور را، نقصان ذاتی زنان ندانستند بلکه وضع عارضی مربوط به موقعیت عملی آنها را که موجب دور بودنشان از مسائل و وقایع و رویدادهای اجتماعی و عدم رشد و ارتقاء فکر و ذهن آنهاست موجب برقراری چنین حکم متفاوتی دانسته‌اند.

صاحب تفسیر المنار می گوید:

«برخی از مفسران گفته‌اند علت اینکه در آیه مربوط به شهادت (آیه ۲۸۲ سوره بقره) زنان در معرض خطا و فراموشی قرار گرفته و ارزش شهادت آنها نصف شهادت مرد به حساب آمده، ناقص‌العقل و ناقص‌الایمان بودن آنان است، برخی هم علت آن را غلبه رطوبت بر مزاج زنان دانسته‌اند که نتیجه آن کم حافظگی و سرعت فراموشی است ولی اینها توجیه درستی نیست آنگاه از استاد خود شیخ محمدعبده نقل می کند که گفته است علت صحیح این امر این است که شأن زن اشتغال به معاملات و امور مالی نیست و لذا حافظه او در این زمینه ضعیف است ولی در رسیدگی به امور منزل که شغل اوست حافظه‌اش از مرد قوی‌تر است و اصولاً طبع بشر چه زن و چه مرد، این است که در اموری که مبتلا به آنهاست و با آنها سر و کار دارد بیشتر و بهتر

→

ای مردم جمعی از زنان هم از نظر ایمان، هم از جهت بهره هم از موهبت عقل در رتبه‌ای کمتر از مردان قرار دارند... ترجمه و شرح نهج‌البلاغه از محمد جعفر امامی و محمدرضا آشتیانی زیر نظر آیت الله مکارم شیرازی، ج اول، ص ۱۷۹ و ۳۸۹ و توضیح داده‌اند که سخن امام ناظر به برخی از زنان بد و فتنه‌انگیز است و یك قانون کلی همگانی برای همه زنان نیست.

ولی این توجیه نمی تواند درست باشد زیرا حیض شدن زن و محروم شدن او از نماز و روزه در ایام حیض و نصف بودن سهم الارث و نصف بودن ارزش شهادت او که در این سخن دلیل نقصان عقل و دین و بهره قرار گرفته اختصاص به زنان شرور و فاسد ندارد.

می تواند آن را به یاد داشته باشد. و مناط وضع قوانین و جعل احکام ملاحظه غلبه و اکثریت وضع موجود است و در مورد زنان چون غلبه و اکثریت با عدم اشتغال و توجه آنها به امور مالی و معاملاتی است، لذا در این زمینه‌ها ضعیف هستند و بیشتر در معرض فراموشی و خطا قرار دارند و به همین ملاحظه، شهادت دونفر آنها مساوی شهادت یك مرد قرار داده شده است، وی برای پاسخ اشکال مقدر می گوید اشتغال برخی از زنان به امور مالی در بعضی از کشورها منافاتی با این حکم و فلسفه آن ندارد زیرا همان طور که گفتیم مناط حکم بر غلبه وضع موجود است». [1]

هر چند این توجیه نمی تواند کامل و کافی و با وضع پیشرفت و اشتغال روزافزون زنان در مشاغل مالی و اجتماعی که می تواند غلبه مناط حکم را برهم زند مناسب باشد ولی به هرحال نشان دهنده نگرش جدیدی است. ظاهراً با اینکه این دیدگاه از لحاظ فلسفه و حکمت با دیدگاه اول متفاوت است ولی از نظر ثابت بودن حکم متفاوت زن و مرد در مورد شهادت هماهنگ می‌باشد.

د- مقطعی بودن حکم

نگرش دیگری که در این زمینه دیده می‌شود و جسته و گریخته در گفته‌ها و نوشته‌های برخی از صاحب نظران ملاحظه می‌شود این است که اولاً نمی توان گفت احکام فرعی اجتماعی شریعت اسلامی اعم از مدنی، کیفری و سیاسی فاقد حکمت و مصلحت قابل فهم برای جامعه بشری هستند و پذیرفته نیست که در اسلام احکام و مقرراتی برای اداره امور جامعه و تنظیم روابط اجتماعی انسانها وضع شده باشد ولی عقل متعارف بشری نتواند پی به حکمت و فلسفه و فایده آنها ببرد و ناگزیر باشد آنها را هرچند بر خلاف فهم

---

۱. ر.ك: تفسر المنار، تألیف سیدمحمد رشید رضا چاپ بیروت، ج ۳، ص ۱۲۴: «و السبب الصحیح ان المرأة لیس من شأنها الاشتغال بالمعاملات المالیة و نحوه من المعاوضات فلذالك تکون ذاکرتها فیها ضعیفة و لاتکون کذالك فی الامور المنزلیة التی هی شغلها فانها فیها اقوی ذاکرة من الرجل یعنی ان من طبع البشر ذکراً و اناثاً أن یقوی تذکرهم للامور التی تهمهم و یکثر اشتغالهم بها و لاینافی ذلك اشتغال بعض نساء الاجانب فی هذا العصر بالاعمال المالیة فانه قلیل لایعول علیه و الاحکام العامة انما تناط بالاکثر فی الاشیاء و بالاصل فیها.»

عقلی افراد جامعه تشخیص می‌دهد تعبداً بپذیرد و عمل کند و ثانیاً بسیاری از احکام فرعی و مقررات حقوقی و کیفری به تناسب تحولات اجتماعی قابل تغییرند و وجود این نوع احکام حتی در متون دینی از کتاب و سنت نیز نمی‌تواند به این معنی باشد که بدون ملاحظه مقتضیات زمان و مکان و بی‌هیچ توجیه قابل فهمی به طور مطلق ثابت تلقی گردند. در مورد زنان نیز این نگرش بر این پندار است که به رغم تفاوتهای جسمی و روحی که بین زن و مرد وجود دارد، از لحاظ فکر و فهم و عقل و شعور، نقصان و عقب ماندگی ذاتی و طبیعی در زن وجود ندارد که بر آن مبنا حکم متفاوت را بر او بار کرد، با وجود برخی روایات که دارای مضامین خاصی هستند و زنان را پست‌تر از مردان شمرده‌اند، از متون اصلی و مسلم اسلامی بخصوص آیات قرآنی هم ناقص العقل بودن ذاتی زن و پائین‌تر بودن درجه فهم و درك و استعداد رشد فکری او نسبت به مرد فهمیده نمی‌شود بلکه وجود آیاتی دال بر اینکه زن و مرد یکسان می‌توانند با ایمان و عمل صالح به مقام والای قرب الهی برسند:[۱] «من عمل صالحاً من ذکر و انثی فلنحیینه حیوة طیبه ـ نحل/۹۷» و تعیین مجازات یکسان برای جرایم مساوی برای زن و مرد چون سرقت[۲]، و زنا[۳]، خود نشان دهنده این است که برای زن همانند مرد قدرت فهم و درك و تشخیص شناخته شده است و گرنه نمی‌بایست در صلاحیت ارتقاء معنوی و داشتن مسئولیت، یکسان، قلمداد شوند ولی وجود وضعیت و موقعیت اجتماعی متفاوت و محروم بودن از تعلیم و تربیت لازم و جدا بودن از فعالیت‌های اجتماعی، طبعاً به طور عارضی نه ذاتی آنان را عقب‌تر از مردان نگه‌داشته و به همین تناسب ممکن است احکام متفاوتی برای آنان وضع کرد ولی این دلیل نمی‌شود که اگر زنان توانستند امکانات و فرصتهایی به دست آورند و استعداد ذاتی خود را به کار اندازند و نقص عارضی را مرتفع نمایند و این امر نه به صورت محدود و موردی بلکه در سطح گسترده و غالب صورت گیرد باز همان احکام، پابرجا و ثابت باشند و می‌توان گفت نظر شارع نیز بر ثبات و دوام این نوع احکام نبوده است. مسلماً در جامعه‌ای که زنان از نعمت سواد محرومند و حتی خواندن و

---

۱. ر.ك: آیات ۱۲۴ سوره نساء، ۴۰ سوره مؤمن، آیات ۱۹۰ تا ۱۹۵ سوره آل عمران، آیه ۳۵ سوره احزاب و...

۲. «والسارق و السارقة فاقطعوا ایدیهما جزاء بما کسبا نکالا من الله» (مائده/ ۳۸).

۳. «الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مأة جلدة ولا تأخذکم بهما رأفة فی دین الله» (نور/۲).

نوشتن برای آنها امری نامطلوب قلمداد می‌شود و جز در خانه بودن و کارهای خانه را انجام دادن، کار دیگری به آنها داده نمی‌شود و از ورود در اجتماعات و فعالیت‌های اجتماعی محروم و ممنوعند، با جامعه‌ای که به هر حال زنان آن در انواع مشاغل و فعالیت‌های اجتماعی وارد شده و همدوش مردان به تحصیل و فراگیری فنون و علوم مختلف می‌پردازند و در مسائل مختلف حکومتی و سیاسی مشارکت دارند و حتی در مجالس قانونگذاری عضویت دارند و همانند نمایندگان مرد رأی می‌دهند و رأی آنان در تصویب قانون و نیز رأی اعتماد به دولت، همسنگ رأی مردان به حساب می‌آید، نوع مقررات و نگرشی که مقررات بر آن پایه وضع و اجرا می‌شود تفاوت دارد و بعید است که شریعت اسلامی تاب توجه به این ظرایف را نداشته باشد. اگر این نگرش[1] بتواند مقبول واقع شود بسیاری از دشواریهایی که هم اکنون در توجیه و اجرای قوانین اسلامی وجود دارد از جمله مسأله شهادت زنان و قلمرو و ارزش گواهی آنان حل خواهد شد. اینکه تا چه حد مکتب فقهی اسلام می‌تواند بر اساس این دیدگاه عمل کند، مطلبی است که باید فقهای آگاه و زمان‌شناس به آن پاسخ دهند. و در این راه لازم است شهامتی بیش از آنچه مرحوم آیت الله صدر در ابداع مسأله منطقة الفراغ برای حل برخی از معضلات نوظهور ابراز کرد[2] از خود نشان دهند زیرا راه‌حل مرحوم صدر مربوط به مواردی است که امر و نهی مشخصی از سوی شارع صورت نگرفته به نظر ایشان حکومت اسلامی یا ولی امر می‌تواند در آن زمینه حکم حکومتی الزام‌آور از امر و نهی برقرار کند ولی در نگرش بالا حتی در مواردی که

---

۱. برای ملاحظه این نوع نگرش در مورد احکام جزائی و اجتماعی اسلام ر.ک: مقاله ارزشمند آقای محمد مجتهد شبستری در مجله کیان، شماره ۴۶ سال نهم، فروردین-اردیبهشت ۱۳۷۸ تحت عنوان: بستر معنوی و عقلانی علم فقه.

۲. ر.ک: اقتصادنا، محمدباقر صدر، چاپ بیروت، ۱۹۷۷ میلادی، ص ۶۹۶، وی حدود «منطقة الفراغ» ابداعی خود را که حکومت (اولی الامر) اختیار جولان دارد و می‌تواند امر و نهی کند و احکام الزامی برقرار نماید چنین بیان می‌کند:
«و حدود منطقة الفراغ التی تتسع لها صلاحیات اولی الامر تضم فی ضوء هذا النص الکریم(یا ایها الذین امنوا اطیعو الله و اطیعو الرسول و اولی الامر منکم) کل فعل مباح تشریعیا بطبیعته، فای نشاط و عمل لم یرد نص تشریعی یدل علی حرمته او وجوبه یسمح لولی الامر باعطائه صفة ثانویة بالمنع عنه او الامر به... و اما الافعال التی ثبت تشریعیا تحریمها بشکل عام کالربا مثلاً فلیس من حق ولی الامر، الامر بها کما ان الفعل الذی حکمت الشریعة بوجوبه کانفاق الزوج علی زوجة لایمکن لولی الامر المنع عنه...»

از سوی شارع حکمی هم وارد شده، می‌توان با توجه به حکمت آن حکم و مقتضیات زمان و مکان و شرایط جعل حکم، نسبت به نفوذ حکم مزبور در شرایط و اوضاع و احوال متفاوت تردید کرد و وضع و تصویب حکم دیگری را متناسب با شرایط در راستای توجه به حکمت و فلسفه حکم اولی تجویز نمود، و آن را اجتهاد ممنوع در مقابل نص به شمار نیاورد. آینده بیش از حال نشان خواهد داد که فقیهان ما یا باید در این راستا، تحولی در اجتهاد خود پدید آورند یا روز بروز شاهد منزوی شدن و غیر قابل اجرا و غیر قابل توجیه بودن بسیاری از احکام شریعت باشند.*

*. این مقاله در شماره ۱۸ مجله: نامه مفید در تابستان ۱۳۷۸ منتشر شده است.

بحثی پیرامون قضاوت زن

مقدمه

طبق اصل ۱۶۳ قانون اساسی: «صفات و شرایط قاضی، طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود». در اجرای اصل فوق قانون شرایط انتخاب قضات در اردیبهشت ماه ۱۳۶۱ از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت که به موجب آن قضات باید دارای شرایط زیر باشند:

ایمان، عدالت، تعهد عملی به موازین اسلامی، وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران، طهارت مولد، تابعیت ایران، عدم اعتیاد به مواد مخدر و دارا بودن اجتهاد یا اجازه قضاء از سوی شورای عالی قضایی. در این قانون مرد بودن نیز از جمله شرایط لازم برای قضاوت ذکر شده و به این صورت بیان شده است: «قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند...» بنابراین به موجب این قانون اگر زنی واجد همه شرایط مندرج در قانون باشد نمی‌تواند قاضی شود. قانونگذار شرط مرد بودن برای قضاوت را با توجه به نظر مشهور و یا شاید بتوان گفت نظر اجماعی فقهای شیعه که زن نمی‌تواند عهده‌دار منصب قضا بشود و به حکم اصل ۱۶۳ قانون اساسی فوق‌الذکر می‌بایست شرایط قضات طبق موازین فقهی تعیین شود، مقرر کرده است، در این نوشته مبانی فقهی و دلایل و حکمت ممنوعیت زن از اشتغال به قضاوت مورد بحث و نقادی قرار می گیرد.

ابتدا وضعیت قضاوت زنان را در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران و وضع عملی جاری بیان می کنیم و سپس به مبانی فقهی این مسأله می‌پردازیم و طبعاً در ضمن بحث اشاره‌ای هم به مواضع مجامع و موازین بین‌المللی در این زمینه خواهیم داشت.

بخش اول: نظام حقوقی و دیدگاههای فقهی در مورد قضاوت زن

۱ـ نظام حقوقی

الف ـ قضاوت زنان قبل از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷

در قوانین مختلف مربوط به شرایط و چگونگی استخدام قضات قبل از انقلاب اسلامی، شرط مرد بودن برای اشتغال به شغل قضاوت دیده نمی‌شود، از نخستین قوانین استخدامی قضات که در سال ۱۳۰۲ تصویب شد (تا آنجا که من دیدم) تا آخرین آنها که مربوط به سال ۱۳۴۸ می‌باشد نه در جهت اثباتی، مرد بودن از شرایط ورود به خدمت قضایی ذکر شده و نه در جهت نفی، زن بودن از جهات محرومیت برای احراز شغل قضا بیان شده است،[۱] در حالی که می‌دانیم در مورد شرکت در انتخابات مجلس، طبق قانون، زنان نه تنها از انتخاب شدن ممنوع بودند، بلکه در ردیف محجورین حق رأی دادن نیز نداشتند، ماده سیم نظامنامه انتخابات مصوب ۱۹ رجب ۱۳۲۴ هـ.ق در مورد محرومین از انتخابات مقرر می‌داشت:

«اشخاصی که از انتخاب نمودن کلیتاً محروم هستند از قرار تفصیل اند:
اولاً: طایفه نسوان، ثانیاً: اشخاص خارج از رشد و آنهایی که محتاج به قیم شرعی می‌باشند...»

و ماده پنجم همان مصوبه می گوید:

«اشخاصی که از انتخاب شدن محروم هستند: اولاً: طایفه اناثیه ثانیاً: تبعه خارجه...»[۲]

از لحاظ قانونی طبق ماده واحده قانون راجع به شرکت بانوان در انتخابات مصوب ۱۳۴۳/۲/۱۰ زنان، این حق را پیدا کردند.[۳]

---

۱. ر.ك: قوانین استخدامی مربوط به قضات مصوب سالهای ۱۳۰۲، ۱۳۰۶، ۱۳۴۳، ۱۳۴۷ و ۱۳۴۸ در مجموعه قوانین سالهای مزبور، چاپ روزنامه رسمی.

۲. مجموعه قوانین دوره ۱ و ۲ قانونگذاری، ص ۳۳ و ۳۴.

۳. مجموعه قوانین دوره ۲۱ قانونگذاری اداره تنقیح و تدوین قوانین ومقررات، ص ۳۷۰.

ولی با وجود عدم منع قانونی عملاً تا قبل از سال ۱۳۴۸، زنان به خدمت قضایی پذیرفته نمی‌شدند یا خود داوطلب این شغل سخت و سنگین نمی گردیدند و رویه جاری بر انحصار شغل قضاء به مردان بود و این امر یا مبتنی بر رسوخ اندیشه فقهی مبنی بر ممنوعیت مسلم شغل قضاء برای بانون و یا عرف سنتی مردم بود و به هر صورت منع و اثباتی در قانون وجود نداشت.

نخستین بار در سال ۱۳۴۸ تعدادی زن به کسوت قضاء در آمدند و ۵ نفر زن ابلاغ قضایی گرفتند و از آن پس هر سال تا هنگام پیروزی انقلاب تعدادی از زنان نیز به جمع قضات می‌پیوستند هیچ تصمیم مکتوب از مرجع صلاحیتدار قانونی، قضایی و یا اداری برای تجویز این امر را ما ندیدیم ولی طبعاً فعالیت‌های بین‌المللی که در جهت پیشرفت زنان و تبلیغاتی که برای تساوی حقوقی آنان با مردان به عمل می آمد و در داخل کشور هم به وسیله سازمان زنان و گروهها و افراد دیگر صورت می گرفت و افزایش روز افزون ورود دانشجویان دختر به دانشکده حقوق و مراجعه‌شان برای کارآموزی قضایی و ورود به خدمت قضاء و نبودن منع قانونی صریح سرانجام، مقامات دادگستری را وادار کرد که در رویه عملی خود تجدیدنظر کنند و از خانمهای داوطلب نیز مانند مردان ثبت‌نام به عمل آورده و با توفیق یافتن در امتحان و مصاحبه به آنان ابلاغ قضایی بدهند.

ب ـ قضاوت زنان بعد از انقلاب و در نظام جمهوری اسلامی ایران

پس از پیروزی انقلاب و استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران طبعاً با این دیدگاه که زنان، شرعاً حق قضاوت ندارند، ضمن اینکه، استخدام قضات زن متوقف شد در جهت تبدیل وضع قضات زن موجود نیز اقداماتی صورت گرفت. نخستین بار هیأت وزیران دولت موقت جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۳۵۸/۷/۱۴ تصویب نامه‌ای تحت عنوان: تصویب نامه دربارهٔ تبدیل رتبه قضایی بانوان به رتبه اداری تصویب نمود و طی آن مقرر داشت که:

«شرکت ملی نفت ایران و سایر شرکتهای وابسته به دولت، بانك مرکزی و سایر بانکها، وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی، بانوانی را که با رتبه قضایی در وزارت دادگستری اشتغال دارند و رتبه آنان از طرف هیأت تصفیه آن وزارتخانه تثبیت شده است، در صورت تقاضای آنان به آن سازمان یا وزارتخانه منتقل نمایند و رتبه قضایی آنان را با رعایت مقررات به رتبه اداری تبدیل

کنند، در این تبدیل رتبه نباید به هیچوجه از مجموعه حقوق و مزایای رتبه قضایی منتقلین کاسته گردد...»[۱]

پس از آن، قانون شرایط انتخاب قضات در سال ۱۳۶۱ تصویب شد و چنانکه گفتیم به موجب قانون مزبور، مرد بودن شرط قضاوت به حساب آمد و چون طبق تبصره ۱ همان قانون این شرایط شامل حال قضات شاغل نیز می‌شود، نتیجتاً، قضات زن سمت قضایی خود را از دست دادند، یا از دادگستری بیرون رفتند و یا به کارهای غیر قضایی گمارده شدند.

طبق تبصره ۵ الحاقی به ماده واحده شرایط قضات که در بهمن ماه ۱۳۶۳ تصویب شد در مورد وضعیت خانمهای قاضی تصریح شد که می توانند پایه قضایی خود را حفظ کنند ولی در سمت‌های مشاوره‌ای انجام وظیفه می کنند، تبصره مزبور مقرر می دارد:

«بانوان دارندگان پایه قضایی واجد شرایط مذکور در بندهای ماده واحده می توانند در دادگاههای مدنی خاص و اداره سرپرستی صغار به عنوان مشاور خدمت نمایند و پایه قضایی خود را داشته باشند».[۲]

در این تبصره الحاقی به دو موضوع در مورد زنان قاضی توجه شده است یکی حفظ پایه قضایی که بر اساس آن حقوق مربوطه را بتوانند دریافت کنند که این امر نوعی توجه به حفظ حقوق مکتسبه آنان بود و دیگری تصریح بر اشتغال آنان در مشاغل مشاوره‌ای و عدم اشتغال به قضاوت به معنای خاص آن؛ زیرا از نظر موازین فقهی مسلم بود که زن به هیچوجه نمی تواند قضاوت کند و فقهای شورای نگهبان آن‌قدر در این امر وسواس داشتند که محض احتیاط برای اینکه مبادا حفظ پایه قضایی برای خانمها به امکان احراز شغل قضایی تعبیر شود در پاسخی که برای اعلام عدم مغایرت این مصوبه به مجلس ارسال داشتند، این گونه مرقوم نمودند:

«...به نظر اکثریت اعضاء باتوجه به اینکه در تبصره ۵ بانوان دارای پایه قضایی مطلقاً در امر قضا

---

۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸ چاپ روزنامه رسمی بخش تصویب نامه‌ها، ص ۸۰.

۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳ چاپ روزنامه رسمی، ص ۵۷۹.

دخالت نخواهند داشت، مصوبه مزبور مغایر موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد». [۱]

در تبصره ۵ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ مجلس و مجمع تشخیص مصلحت نظام، پیش‌بینی شده است که دادگاه مدنی خاص در مواقع لزوم می‌تواند از بین بانوان واجد شرایط قانون شرایط انتخاب قضات، مشاور زن داشته باشد. [۲]

طی ماده واحده قانونی که در سال ۱۳۷۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید تبصره ۵ الحاقی به قانون شرایط انتخاب قضات مصوب سال ۱۳۶۳ ظاهراً در جهت گسترش میدان کار زنان در دستگاه قضایی به شرح زیر اصلاح شد:

«تبصره ۵- رئیس قوه قضائیه می‌تواند بانوانی را هم که واجد شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴ می‌باشند با پایه قضایی جهت تصدی پست‌های مشاورت دیوان عدالت اداری، دادگاههای مدنی خاص، قاضی تحقیق و دفاتر مطالعه حقوقی و تدوین قوانین دادگستری و اداره سرپرستی صغار و مستشاری اداره حقوقی و سایر اداراتی که دارای پست قضایی هستند، استخدام نماید». [۳]

چنانکه ملاحظه می‌شود این تبصره اصلاحی با اینکه امکان دسترسی خانمها به مشاغل قضایی بیشتری را مقرر داشته ولی از لحاظ ماهیت امر با تبصره ۵ مصوب سال ۱۳۶۳ فرقی ندارد برای اینکه باز هم خانمها از تصدی قضاوت به معنای خاص آن و حکم دادن محرومند.

در قانون اختصاص تعدادی از دادگاههای موجود به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) مصوب مرداد ماه ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی اندك پیشرفتی از لحاظ کیفی در کار قضایی خانمها دیده می‌شود. طبق تبصره ۳ ماده واحده قانون مزبور:

«هر دادگاه خانواده حتی‌المقدور با حضور مشاور قضایی زن، شروع به رسیدگی نموده و احکام

---

۱. مجموعه نظریات شورای نگهبان، حسین مهرپور، ج دوم، ص ۲۲۸.

۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱ چاپ روزنامه رسمی، ص ۴۹۰.

۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۷۴ چاپ روزنامه رسمی، ص ۴۹.

پس از مشاوره با مشاوران قضایی زن صادر خواهد شد».[۱]

چنانکه ملاحظه می‌شود در این قانون و دادگاه موضوع آن که دادگاه خانواده است باز، زنها حق حکم دادن ندارند ولی در صورت امکان، حضور آنها در دادگاه و مشاوره با آنان لازم دانسته شده و ظاهر این است که صدور حکم باید پس از اخذ نظر مشورتی آنان باشد.

تحولی که در وضع زنان ازاین حیث صورت گرفته، این است که تا سطح دادیاری دیوان عالی کشور برای برخی از خانمها ابلاغ قضایی صادر شده، بعضی‌ها در سمت معاون رئیس دادگستری استان انجام وظیفه می‌کنند و برای برخی هم ابلاغ مستشاری دادگاه تجدیدنظر صادر شده است که این مورد اخیر می‌تواند نمایانگر تحول اساسی در دیدگاه مسئولین قضایی نسبت به قضاوت خانمها باشد، زیرا مستشار دادگاه تجدیدنظر دارای حق رأی است و در صدور حکم مشارکت دارد و همانند مشاور در دادگاههای دیگر نیست که فقط نظر مشورتی بدهد. احتمالاً این رویه عملی با مقررات قانونی فعلی جمهوری اسلامی که همچنان قضاوت و رأی دادن را برای زنها مجاز نمی‌داند در تعارض است.

ج ـ قضاوت زنان در سایر کشورها و در موازین بین‌المللی

امروزه در بسیاری از کشورهای جهان زنان نیز همپای مردان به مشاغل قضایی اشتغال دارند و مناصب مختلف قضایی را احراز می‌کنند و ریاست و تصدی محاکم مختلف و محاکمه و صدور حکم را به عهده دارند. در سال ۱۳۷۱ دیداری از دادگستری لاهه هلند داشتم از رئیس دادگستری (رئیس دادگاه استیناف) درخصوص وضع و تعداد قضات زن سؤال کردم، گفت حدود ۵۰٪ قضات ما را زنان تشکیل می‌دهند. در بعضی از کشورهای عربی و اسلامی نیز زنان، در مسند قضاوت قرار گرفته و اختیار محاکمه و حکم دادن را دارند. در مهمترین دادگاه بین‌المللی یعنی دیوان دادگستری بین‌المللی لاهه، قاضی زن وجود دارد.

از لحاظ موازین بین‌المللی نیز بخصوص در اسناد حقوق بشر می‌توان گفت قضاوت

---

۱. مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶ چاپ روزنامه رسمی، ص ۴۴۴.

به عنوان یك حق مدنی، سیاسی مطرح است که زنان نیز باید بتوانند همانند مردان از آن برخوردار باشند و مقتضای برخورداری از تساوی حقوق وعدم تبعیض بر اساس جنس که در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان و دیگر اسناد بین‌المللی حقوق بشر بر آن تأکید شده، این است که آنان از دستیابی به این شغل محروم نباشند. مقتضای مقاوله‌نامه شماره ۱۱۱ سازمان بین‌المللی کار نیز که رفع هر گونه تبعیض در شغل و استخدام بر اساس رنگ، نژاد، زبان، مذهب و جنس را مقرر می‌دارد، طبعاً این است که زنان محروم از قضاوت به عنوان یك شغل نباشند، و اتفاقاً کمیته استاندارد[1] سازمان بین‌المللی کار یکی از ایراداتی که بر جمهوری اسلامی ایران در ارتباط با تعهدش نسبت به اجرای مقاوله‌نامه بین‌المللی کار می‌گیرد، مشکلات و موانع مربوط به دادن شغل قضاوت به زنان می‌باشد.

علاوه‌بر مضامین کلی مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین و مقاوله‌نامه شماره ۱۱۱ که بدانها اشاره شد، هفتمین کنگره سازمان ملل متحد درزمینه پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمین منعقده در شهر میلان در اوت ۱۹۸۵ موادی را به عنوان اصل بنیادین استقلال قضایی تصویب کرد که مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز طی قطعنامه‌های شماره ۴۰/۳۲ و ۴۰/۱۴۶ درهمان سال تأیید کرد. به موجب ماده ۱۰ این اصول، در انتخاب قضات نباید هیچگونه تبعیضی بر اساس نژاد، رنگ، جنس، مذهب، عقیده سیاسی یا دیگر عقاید و... وجود داشته باشد.[2]

همچنین در سند کنفرانس جهانی پکن در مورد زنان سال ۱۹۹۵ در بند ۲۳۲ تصریح شده که دولتها باید تضمین کنند زنان هم مانند مردان حق دارند، قاضی و وکیل شوند و دیگر

---

۱. کمیته استاندارد یا کمیته اجرای استانداردها یکی از کمیته‌های مهم کنفرانس سازمان بین‌المللی کار است که همزمان با جلسات عمومی کنفرانس بین‌المللی کار تشکیل می‌شود و وظیفه اصلی آن بررسی اجرای تعهدات دولتهای عضو نسبت به کنوانسیونهاست که یکی از مهمترین آنها مقاوله‌نامه شماره ۱۱۱ مبنی برعدم تبعیض در اشتغال واستخدام است وایران درسال ۱۳۴۳ آن را تصویب نموده و متعهد به اجرایش می‌باشد و سالهاست که مسأله ایران در ارتباط با این مقاوله‌نامه درخصوص تبعیض در اشتغال بر اساس جنس ومذهب مطرح است.

2. The United Nations and Human Rights 1945-1995 p. 313.

مناصب مرتبط به دادگاه را احراز کنند.[۱]

به هر حال در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، علی‌الاصول بر امکان دستیابی زنان به هر نوع مشاغل و مناصب دولتی و عمومی از جمله قضاوت همانند مردان تأکید شده وممنوع کردن زنان از این فرصت تبعیض قلمداد گردیده، و در بسیاری از کشورها نیز عملاً به زنان فرصت و امکان احراز مناصب گوناگون قضایی داده شده است.

در جمهوری اسلامی ایران با اینکه زنان در بسیاری از رده‌های مختلف به مشاغل گوناگون می‌توانند اشتغال داشته باشند و دارند و حتی به مقامهای مهم سیاسی و اجتماعی چون معاونت رئیس جمهور و نمایندگی مجلس رسیده‌اند، ولی طبق مقررات فعلی که براساس نظر رایج فقهاء تدوین شده، زنان حق احراز شغل قضاء به معنای خاص آن که اداره محکمه و دادن رأی است، ندارند، حال بپردازیم به نظرات فقهاء و مبانی و مستندات این نظریات. ابتدا اشاره‌ای به آراء و فتاوی فقهای امامیه و اهل سنت می‌نماییم و سپس مبانی و دلایل نظریات آنها را بررسی خواهیم کرد.

۲ـ نظر فقهاء در مورد قضاوت زنان

الف ـ فقهای امامیه

فقهای امامیه عموماً مرد بودن را شرط احراز منصب قضا دانسته وزنان را مجاز به اشتغال به قضاوت نمی‌دانند و تقریباً این نظر را نظر اجماعی فقهاء می‌دانند.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط می‌گوید:

یکی از شرایط قضاوت مرد بودن است چرا که به هیچ رو زن نمی‌تواند قاضی شود «فان المراة لاینعقدلها القضاء بحال» وی اشاره می‌کند به مخالفت برخی از فقهاء که ظاهراً منظورش فقهای عامه است که قائل شده‌اند به جواز قضاوت زن، ولی قول به عدم

---

۱. ر.ك: حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، چاپ ۱۳۷۴، ص ۳۰۷ و:

Platform for action and the beijing declaration p: 1 "...ensure that women have the same right as men to be judges, advocate or other officers of the court".

جواز را صحیح تر می داند.[۱]

قاضی ابن‌البراج نیز در کتاب **المهذب** عین همان عبارت شیخ در **مبسوط** را به کار برده و گفته است: «به هیچوجه زن نمی تواند قاضی شود.»[۲]

شیخ طوسی در کتاب **نهایه** نه در باب قضاء و نه در باب جهاد که به مناسبت، شرایط قاضی را بیان کرده تصریح به مرد بودن ننموده است.[۳]

از معاصرین شیخ طوسی، ابوالصلاح صاحب کتاب **الکافی فی الفقه**[۴] و شیخ مفید در کتاب **مقنعه**[۵] نیز در بیان شرایط قاضی شدن تصریح به مرد بودن نکرده و از عدم جواز قضاوت برای زن اسم نبرده‌اند. آنان در بیان شرایط قاضی گفته‌اند: «قاضی باید: عاقل، کامل، عالم به کتاب و سنت، زاهد در دنیا، پرهیزکار از محارم و حریص بر تقوا باشد».

ابن ادریس نیز در کتاب **سرائر** بر روال شیخ مفید و ابوالصلاح شروط قاضی شدن را برشمرده و از عدم جواز قضاوت زن صریحاً اسم نبرده است.[۶]

ولی بعید است که این فقیهان به جواز قضاوت زن نظر داشته باشند و چنانکه بعداً خواهیم دید احتمالاً همان شرط کمال که برای قضاوت گنجانده شده است خود متضمن شرط مرد بودن و نافی زن بودن قاضی می دانند.

علامه حلی در کتاب **قواعد** به صراحت مرد بودن را شرط قضاوت می داند.[۷]

محقق حلی صاحب کتاب **شرایع** نیز ضمن اینکه یکی از شرایط قاضی شدن را مرد بودن بیان می کند تصریح می کند که زن هرچند سایر شرایط قضاوت را در خود داشته باشد

---

۱. **المبسوط فی فقه الامامیه**، شیخ طوسی، ج ۸، ص ۱۰۱: «فان المرأة لاینعقد لها القضاء بحال و قال بعضهم یجوز ان تکون المرأة قاضیه و الاول اصح...».

۲. **المهذب**، ابن البراج الطرابلسی، ج دوم، ص ۵۹۹.

۳. **النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی**، شیخ طوسی، ص ۳۳۷.

۴. **الکافی فی الفقه**، ابوالصلاح حلبی، متوفی به سال ۷۴۴ هجری، ص ۴۲۱.

۵. **المقنعه**، شیخ مفید، متوفی به سال ۴۱۳ از انتشارات جامعه مدرسین قم، ص ۷۲۱.

۶. **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی** از ابن ادریس حلی، متوفی به سال ۵۹۸، ج ۲، ص ۱۵۴.

۷. متن قواعد علامه در کتاب **مفتاح الکرامه** از سید جواد عاملی، ج ۱۰، ص ۹.

نمی تواند قاضی شود.[۱]

معمولاً فقهای بعد از علامه و محقق در کتب فقهی خود در باب قضاء، مرد بودن (ذکورة) را جزء شرایط قضاوت ذکر کرده‌اند.

تعبیرات مشابهی را می توان در باب قضاء کتابهای معروف فقهی شیعه از قبیل؛ کتابهای دروس و لمعه از شهید اول، کتابهای شرح لمعه و مسالك‌الافهام از شهید ثانی، جواهر الکلام از شیخ محمد حسن نجفی معروف به صاحب جواهر و مستندالشیعه از ملا احمد نراقی و کشف‌اللثام از فاضل هندی ملاحظه نمود.

فقهاء و مراجع معروف معاصر نیز از همین روش پیروی کرده‌اند که به عنوان نمونه می توان به مبانی تکملة‌المنهاج آیت‌الله خویی کتاب القضاء و نیز کتاب القضاء از تحریرالوسیله مرحوم امام خمینی اشاره کرد. همچنین آیت‌الله منتظری در کتاب ولایة‌الفقیه و علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان با استدلالات مختلفی که بعداً به آن خواهیم پرداخت در مقام توجیه ممنوعیت قضاوت زنان بر آمده‌اند.[۲]

از بین فقهای معروف مرحوم مقدس اردبیلی در این مورد تردید کرده و نفی مطلق قضاوت زن را زیر سؤال برده است و این را معقول دانسته که در اموری که مربوط به زنان می‌شود و با شهادت زنان ثابت می‌شود، زنانی که سایر شرایط قضاوت را دارند بتوانند حکم بدهند ولی در عین حال اظهار داشته اگر اجماع بر این امر باشد او هم تسلیم اجماع است.[۳]

از فقیهان صاحب رساله و فتوا در زمان حاضر تا آنجا که ما اطلاع پیدا کردیم آیت‌الله یوسف صانعی صریحاً و به‌طور مطلق اعلام داشته که زن می تواند قاضی شود و جنسیت در

---

۱. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق حلی، چاپ تهران، ج دوم، ص ۸۶۰: «ولاینعقد القضاء للمرأة و ان استکملت الشرایط».

۲. ر.ك: ولایة‌الفقیه، آیت‌الله منتظری، ج اول، چاپ دوم، صص ۳۳۴ تا ۳۶۱ و المیزان فی تفسیرالقرآن از علامه طباطبایی، ج ۴، ص ۲۴۴.

۳. مجمع‌القائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، احمد مقدس اردبیلی، ج ۱۲، ص ۱۵؛ وی می گوید: «و اما اشتراط الذکورة، فذالك ظاهر فیما لم یجز للمرأة فیه امر و اما فی غیر ذالك فلا نعلم له دلیلا واضحا نعم ذالك هوالمشهور فلو کان اجماعا فلا بحث، والا فالمنع بالکلیه محل بحث، اذلا محنور فی حکمها بشهادة‌النساء مع سماع شهادتهن بین‌المرأتین مثلا بشی مع اتصافها بشرائط الحکم».

قضاوت شرط نیست.[۱]

آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز در کتاب فقه‌القضاء، دلایل مختلف مربوط به عدم جواز قضاوت زن را مورد تردید و اشکال قرار داده ولی نتوانسته به جواز قضاوت زن نظر دهد و مقتضای اصل عدم را تنها دلیل معتبر برای ممنوعیت قضاوت آنان دانسته است.[۲] در بحث مربوط به بررسی ادله فقهی منع قضاوت زنان به این مسائل خواهیم پرداخت.

ب ـ فقهای اهل سنت

بین فقیهان اهل سنت در مورد شرط مرد بودن برای قضاوت اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر آنها زن را صالح برای قضاوت نمی‌دانند و برخی قضاوت آنان را در امور مالی و مدنی جایز و در حدود و جزائیات جایز نمی‌دانند برخی هم به‌طور مطلق قضاوت زنان را مجاز شمرده‌اند. بنابه نقل وهبه زحیلی در کتاب الفقه‌الاسلامی و ادلته، فقهای مالکی، شافعی وحنبلی مرد بودن را برای قضاوت شرط می‌دانند و معتقدند زن نمی‌تواند قاضی شود. ولی ابوحنیفه و فقهای حنفی قضاوت زن را در اموال یعنی دعاوی مدنی که شهادت زن در آن مورد پذیرفته می‌شود، مجاز می‌دانند.[۳]

از محمدبن جریر طبری نقل شده که زن در همه امور می‌تواند قضاوت کند چون می‌تواند فتوا بدهد.[۴]

در شرح المجلة سلیم رستم باز، نیز شرط مرد بودن برای قضاوت ذکر نشده و در

---

۱. ر.ک: فصلنامه متین، سال اول، شماره دوم، بهار ۱۳۷۸، بحث میزگرد با آیت‌الله صانعی، صص ۲۰، ۲۱.

۲. فقه‌القضاء، موسوی اردبیلی، چاپ اول، شوال ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۸۲.

۳. الفقه الاسلامی و ادلته، وهبه زحیلی، چاپ سوم، دمشق ۱۹۸۹ میلادی؛ وی در مورد نظر حنفی‌ها می‌گوید: «وقال الحنفية: يجوز قضاء المرأة فی الاموال، ای المنازعات المدنية لانه تجوز شهادتها فيها و اما فی الحدود و القصاص ای فی القضاء الجنايی، فلاتعين قاضيا لانه لا شهادة لها فی الجنايات و اهلية‌القضاء تلازم اهلية الشهادة». جلد ۶ ص ۷۴۵ و شرح فتح‌القدیر، ج ۶، ص ۳۵۷ از کمال‌الدین محمدبن عبدالواحد که بر مشرب حنفی‌ها می‌گوید: «و اما الذكورة فليس شرطا الا للقضاء فی الحدود و الدماء فتقضی المرأة فی كل شی الافيها».

۴. مغنی، ابن قدامه، ج ۹، ص ۳۹: «... و حكی عن ابن جرير انه لايشترط الذكورة لان المرأة يجوز ان تكون مفتية فيجوز ان تكون قاضية». نیز الفقه الاسلامی و ادلته، وهبه زحیلی همان.

شرح ماده ۱۷۹۴ راجع به شرایط قضاوت از طحطاوی نقل شده که مرد بودن و اجتهاد در قاضی شرط نیست.[۱]

از نحوه بیان بعضی از فقهای معاصر امامیه نیز برمی‌آید که می‌شود گفت زن می‌تواند نسبت به زنان قضاوت کند و از نصوص و دلایل مربوط به منع قضاوت زنان، ممنوعیت قضاوت آنها برای زنان فهمیده نمی‌شود.[۲]

با ملاحظه اجمالی نظریات مختلف فقهاء در رابطه با قضاوت زن، حال باید مدارك و مستندات فقهی ممنوعیت قضاوت زن را مورد نقد و بررسی قرار دهیم و ببینیم براساس چه دلایل و مستنداتی اکثریت فقیهان به این فتوا رسیده‌اند که جایز نیست زن قضاوت کند.

بخش دوم: دلایل فقهی ممنوعیت قضاوت زن و نقد آنها

می‌توان دلایل فقهی منع قضاوت زنان را تحت دو عنوان دلایل نقلی و دلایل عقلی مورد بحث و بررسی قرار داد:

الف ـ دلایل نقلی

اجمالاً از بررسی گفته‌های فقهاء و استدلالات آنها برمی‌آید که دلایل نقلی خیلی محکم و پابرجایی برای این امر ندارند، برخی به آیات قرآنی استناد نکردند، چون آیه قرآنی صریحی در این مورد وجود ندارد ولی جمعی از مفاد بعضی از آیات قرآن، چنین استفاده‌ای را نموده‌اند. روایات هم در مورد منع اشتغال زنان به قضاوت زیاد نیست و بعضی فقیهان در

---

۱. شرح المجله، سلیم رستم باز، ص ۱۱۶۴ ذیل ماده ۱۱۹۴ «...والحاصل انه یشترط فی الحاکم العقل و البلوغ و البصر و السمع و النطق و السلامة عن حدالقذف و لکن لایشترط الذکورة والاجتهاد».

۲. ر.ك: ولایة الفقیه و فقه‌الدولة الاسلامیة، آیت‌الله منتظری، ج اول، ص ۳۵۱، ذیل استدلال به آیه: «الرجال قوامون علی‌النساء»، بر ممنوعیت قضاوت زنان می‌گویند این آیه قیمومت زن بر زن را نفی نمی‌کند پس چرا نتواند زن برای زن قاضی باشد؟ و در صفحه ۳۶۱ نیز در استدلال به عدم قضاوت زنان به ممنوعیت امام جماعت شدن‌زن می‌گویند: «عدم امامت زن برای مرد مسلم است ولی از آن نمی‌توان استفاده کرد که‌زن نتواند برای زن نیز قاضی بشود».

صحت روایات موجود تردید کرده‌اند. مهمترین دلیل نقلی در واقع اجماع فقیهان است که عمدتاً به آن استناد نموده‌اند ولی وجود چنین اجماعی و صحت آن نیز مورد تردید قرار گرفته است. به هر حال در بین کتب شیعه، بعد از کتاب **مستندالشیعة** ملااحمد نراقی که نسبتاً روایات زیادی را در این زمینه جمع آوری کرده، آیت‌الله منتظری در کتاب **ولایةالفقیه** خود به طور مستوفی دلایل نقلی راجع به این موضوع از کتاب و سنت و اجماع را مورد بحث قرار داده‌اند و به هر صورت دلایل نقلی موضوع را تحت سه عنوان: قرآن، روایات، و اجماع مورد بررسی قرار خواهیم داد:

۱. قرآن

در مجموع به چهار آیه شریفه از قرآن کریم به ممنوعیت قضاوت زنان استناد شده است که به آنها اشاره می کنیم:

الف: آیه ۳۴ سوره نساء: «الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغیب بما حفظ الله و اللاتی تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن فی المضاجع و اضربوهن فان اطعنکم فلاتبغوا علیهن سبیلا ان الله کان علیا کبیرا».

در این آیه تصریح شده که مردان به دو جهت یکی به خاطر برتری و یا زیادتی که در بعضی از جهات نفسانی و جسمانی دارند و دیگری به لحاظ اینکه امر نفقه و تأمین معیشت در دست آنهاست بر زنان سمت قیمومت را دارند، قوّام و قیّام از قیّم و صفت مبالغه آن است و قیم نیز به معنای کسی است که تدبیر امور دیگری را در دست دارد. صاحب **مجمع‌البیان** می گوید: معنی: «الرجال قوامون علی النساء...» این است که مردان قیم زنان هستند و در تدبیر و تأدیب و تعلیم بر آنها تسلط دارند.[1] و در دنباله تفسیر آیه می گوید خداوند سبب قیمومت و تولیت مردان بر زنان را به دو چیز بیان کرده است، یعنی خداوند امور زنان را تحت ولایت مردان قرار داده است به دو جهت یکی به خاطر بهره بیشتری که مردان از حیث علم و

---

۱. **مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن**، ابوعلی طبرسی، چاپ بیروت، ۱۹۸۸ میلادی، ج ۴-۳، ص ۶۸: «...ای قیمون علی النساء مسلطون علیهن فی التدبیر و التأدیب و الریاضة و التعلیم».

عقل و حسن رأی و تصمیم دارند و دیگری به خاطر اینکه دادن مهریه و نفقه زنان به دست مردان است». [۱]

علامه طباطبایی نیز در تفسیر المیزان تقریباً به همین شکل آیه را معنی کرده‌اند، «قوام» را به معنای قیم و صیغه مبالغه آن گرفته و منظور از فضیلت و زیادتی مردان را زیادی نیروی تعقل و توان و طاقت بیشتر در مقابله با سختی‌ها دانسته‌اند. [۲]

ماوردی از فقیهان و صاحب‌نظران اهل سنت نیز در کتاب الاحکام السلطانیه خود درمقام رد نظر ابن جریر طبری که قائل به جواز قضاوت زن در همه زمینه‌هاست به همین آیه: «الرجال قوامون علی النساء» استناد می کند و می گوید: «منظور از آیه این است که مردان در عقل و نظر بر زنان فزونی دارند و بنابراین زنان نمی توانند بر مردان حکمرانی کنند». [۳]

با اینکه سیاق بیان آیه در مورد روابط بین زوجین و امور خانواده است ولی برخی از مفسرین از آن استفاده حکم عام کرده‌اند و به روابط اجتماعی نیز سرایت داده و آن را دلیل بر ممنوعیت تصدی برخی مشاغل و مناصب اجتماعی از ناحیه زن که در آن نوعی اعمال حکومت و ولایت است دانسته‌اند، علامه طباطبایی در این باره می گوید: «عام بودن این علت (یعنی برتری مرد بر زن در تعقل و تدبیر) این معنی را می‌رساند که حکم مبتنی بر آن علت یعنی قیمومت مرد بر زن منحصر به زوجین و مختص به قیمومت مرد بر زوجه خودش نیست، بلکه این حکم برای قیمومت جنس مرد بر زن در جهات عمومی که حیات هر دو گروه زن و مرد به آن مربوط می‌شود وضع شده است بنابراین جهات عمومی اجتماعی مثل حکومت و قضاوت که زندگی جامعه بر آنها مبتنی است و اداره آنها با نیروی تعقل که در مردان بیشتر از زنان است امکان‌پذیر می‌باشد و همچنین مسأله جنگ و دفاع که به نیروی

---

۱. پیشین، ص ۶۹.

۲. المیزان فی تفسیر القرآن، علامه سید محمد حسین طباطبایی، چاپ تهران، ۱۳۷۶ هجری قمری، ج چهارم، ص ۳۶۵.

۳. الاحکام السلطانیه، ابوالحسن ماوردی، چاپ بیروت، بدون تاریخ چاپ، ص ۸۳: می گوید: «و شذ ابن جریر الطبری فجوز قضائها فی جمیع الاحکام، ولا اعتبار بقول یرده الاجماع مع قول الله تعالی: (الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض) یعنی فی العقل و الرأی فلم یجز ان یقمن علی الرجال».

جسمی و قدرت تعقل متکی است از جمله اموری است که باید مردان عهده‌دار آن باشند و درواقع در این امور در سطح جامعه مردان قیم زنان‌اند و نمی توان این نوع وظایف را به زنان سپرد».[1]

انصافاً استناد به این آیه شریفه بر ممنوعیت قضاوت زن با طبیعت و وضعیت خاصی که بخصوص در دوران حاضر، قضاوت دارد، نمی تواند موجه باشد. نحوه بیان آیه واحکامی که بعد از عبارت: «الرجال قوامون علی النساء...» بیان شده همان گونه که برخی از صاحب‌نظران گفته‌اند[2] بخوبی بیانگر این است که موضوع مربوط به روابط زوجین و مسائل خانوادگی است و در این مقام، قرآن کریم درصدد بیان برتری مرد و حاکمیت او بر زن در روابط اجتماعی نیست. مخصوصاً علت دومی که در آیه برای قیمومت مرد بیان شده یعنی وظیفه انفاق نمی تواند مبنای قیمومت اجتماعی جنس مرد بر زن در روابط اجتماعی باشد، به‌علاوه حداقل استدلال به این آیه نمی تواند نافی قضاوت زن بر زن باشد. علاوه‌بر اینکه ماهیت قضاوت امروزی بخصوص طبق مقررات جمهوری اسلامی ایران که قاضی باید مطابق ادله اثبات دعوا موضوع را کشف و براساس قوانین حکم صادر کند، اعمال ولایت از سوی زن بر مرد، محسوب نمی‌شود که نافی حکم قیمومت مرد بر زن موضوع آیه شریفه و مغایر با آن به حساب آید.

ب: ذیل آیه ۲۲۸ سوره بقره که می‌فرماید: «ولهن مثل الذی علیهن بالمعروف و للرجال علیهن درجة والله عزیز حکیم».

در این آیه از یك سو بر تساوی مرد و زن در حق و تکلیف اشاره شده و بیان شده، همان گونه که زنان تکالیفی برعهده‌شان هست حقوقی نیز دارند ولی مردان را بر زنان

---

۱. المیزان، پیشین، ص ۳۶۵: «و عموم هذه العلة یعطی ان الحکم المبنی علیها اعنی قوله: «الرجال قوامون علی النساء غیر مقصور علی الازواج بان یختص القوامیة بالرجل علی زوجته بل الحکم مجعول لقبیل الرجال علی قبیل النساء فی الجهات العامة التی ترتبط بها حیاة القبیلین جمیعا فالجهات العامة الاجتماعیة التی ترتبط بفضل الرجال کجهتی الحکومة و القضاء مثلا اللذین یتوقف علیهما حیاة المجتمع و انما یقومان بالتعقل الذی هو فی الرجال بالطبع ازید منه فی النساء و کذا الدفاع الحربی الذی یرتبط بالشدة و قوة التعقل کل ذالك مما یقوم به الرجال علی النساء».

۲. ولایة‌الفقیه، آیت‌الله منتظری، ج اول، ص ۳۵۰.

درجه‌ای است یعنی برتری یا اختیارات بیشتری دارند از قبیل اینکه حق تأدیب دارند یا طلاق در دست آنهاست و یا سهم‌الارث آنها بیش از زنان است.[۱] در هر صورت از این تعبیر که به نوعی نشان‌دهنده برتری و امتیاز مرد بر زن است برخی خواسته‌اند استفاده کنند که زن نمی‌تواند با این ترتیب منصب قضاوت را داشته باشد.

روشن است که واقعاً این آیه هم نمی‌تواند دلالتی بر ممنوعیت قضاوت زنان داشته باشد بخصوص که این آیه نیز درمقام بیان روابط زن و شوهر و وجود حق و تکلیف برای هریك از آنهاست که در این رابطه به‌وجود نوعی اختیارات بیشتر برای مرد اشاره شده[۲] و منطوقاً و مفهوماً و به طریق التزامی دلالتی بر منع قضاوت برای زنان ندارد.

ج: آیه ۱۸ سوره زخرف: «اومن ینشؤا فی الحلیة و هو فی الخصام غیر مبین». یعنی آیا کسی که در زیب و زینت پرورده می‌شود و در خصومتها و منازعات وضعش روشن نیست و از احقاق حق خود ناتوان است (لایق فرزندی خداست؟). در واقع این آیه در پی آیاتی است که از مشرکین نقل شده که برای خداوند قائل به دختر انند و فرشتگان را دختر خداوند می‌دانند. خداوند در مقام رد و انکار این گفته مشرکین از جمله متوسل به این نوع بیان شده که چطور مشرکین برای خود پسر می‌خواهند و حتی از شنیدن خبر دارا شدن فرزند دختر، ناراحت شده، رنگشان سیاه و خشمگین می‌شوند، ولی برای خداوند قائل به داشتن فرزند دختر هستند. درحالی که دختر (زن) در زینت رشد می‌کند و از حجت و منطق و دلیل قوی نیز درهنگام اختلافات برخوردار نیست. در واقع تقریب استدلال به این آیه بر منع قضاوت زن این است که شغل قضاوت نیاز به داشتن قوه تعقل دارد و این آیه نشان می‌دهد که زنان میل به چیزهای زینتی دارند و از حجت و منطق قوی برخوردار نیستند و بنابراین نمی‌توانند کارهایی را که لازمه‌اش داشتن قدرت تعقل است برعهده بگیرند.»[۳]

---

۱. مجمع‌البیان، پیشین، ج ۲-۱، ص ۵۷۵.

۲. ر.ك: ولایت‌الفقیه، آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۳۵۲.

۳. منبع پیشین، همان صفحه، پس از بیان نظر علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان از دلالت آیه برقوت عاطفه و ضعف جنبه تعقل زن می‌گوید: «و حیث ان‌الولایة بشعبها ومنها القضاء تقتضی قوةالتعقل و التفکیر و التفوق فی اثبات الحق فیمکن الاستشهاد بالآیة للمقام بنحو التأیید کما لایخفی».

ملاحظه می‌شود خود این آیه قرآن هیچ نوع دلالتی بر منع قضاوت زنان ندارد، بلکه با چیدن یك سلسله صغری و کبری و بیان مفروضاتی می‌خواهند دلالت التزامی این آیه را بر حرمت قضاوت زنان اثبات کنند که حقیقتاً استنباط و فهم این معنی از این آیه قرآنی مستبعد است.

د: آیه ۳۳ سوره احزاب خطاب به زنان پیامبر (ص): «و قرن فی بیوتکن و لاتبرجن تبرج الجاهلیة الاولی...».

این آیه خطاب به زنان پیامبر (ص) است که خداوند به آنها امر کرده در خانه خود بنشینند و از زینت کردن به سبك جاهلیت خودداری ورزند. اتخاذ سمت قضاوت، لازمه‌اش بیرون آمدن از منزل و اختلاط با مردان است و بنابراین برای عمل کردن به مفاد این آیه که کاملاً عمومیت دارد و همه زنها را شامل می‌شود، باید اجازه قضاوت را به او نداد.[1]

روشن است که استفاده منع قضاوت از این آیه، برای زنان بسیار دور از ذهن است، این آیه در مقام بیان وضع خاص زنان پیامبر (ص) است که به آنها توصیه شده برای حفظ اعتبار خود در خانه بمانند و گرد فعالیتهای سیاسی اجتماعی و اتخاذ شیوه‌های جاهلی نروند.

و براستی از خود آیه نمی‌توان محرومیت قضاوت زنان را استنباط نمود.

۲. روایات

تعدادی روایت از طرق شیعه و سنی نقل شده که یا صراحتاً از عدم جواز قضاوت زنان نام برده‌اند و یا از آنها به نحوی ممنوعیت قضاوت استفاده شده است. این روایات، روایاتی است که از ولایت و حکومت زنان و پیروی از آرای آنان یا مشاوره با آنها منع نموده‌اند و به لحاظ اینکه قضاوت نیز شعبه‌ای از ولایت است، دلیل بر ممنوعیت قضاوت گرفته شده‌اند. و یا از نقصان عقل و ضعف و کم تدبیری زنان سخن به میان آمده و چون قضاوت نیاز به کمال عقل و قوت تدبیر دارد، نتیجه گیری شده که زنان نمی‌توانند قاضی باشند.

در میان کتب مختلف فقهی که ما در این زمینه بررسی کردیم تقریباً می‌توان گفت

---

۱. ر.ك: آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۳۵۳.

آیت‌الله منتظری در کتاب ولایةالفقیه خود، جامع‌تر از همه، روایاتی را که به نحوی می‌تواند درباب ممنوعیت قضاوت زنان (و نیز ولایت وحکومت آنان) دلالت داشته باشد از منابع مختلف جمع‌آوری کرده است؛ در اینجا ما روایات را در سه دسته نقل می‌کنیم:

دسته اول: روایاتی که در آنها صریحاً از عدم قضاوت زنان نام برده شده است. این روایات بسیار محدودند و بعضی از آنها با تعابیر مختلف نقل شده‌اند که به نظر می‌رسد یکی باشند، به هر حال ذیلاً آنها را نقل می‌کنیم:

۱ـ روایتی را صدوق در کتاب **خصال** از طریق جابربن یزید جعفی از امام باقر(ع) نقل کرده که حضرت فرمود: «لیس علی النساء اذان ولا اقامة و لا جمعة و لا جماعة و لا عیادة المریض، و لااتباع الجنائز و لا الاجهار بالتلبیة و لاالهرولة بین الصفا و المروة و لا استلام الحجر الاسود و لادخول الکعبة و لاالحلق انما یقصرن من شعورهن و لاتولی القضاء و لاتولی الامارة...». [۱]

یعنی امام فرمود: «بر زنان، اذان و اقامه و حضور در نماز جمعه و جماعت و عیادت مریض و تشییع جنازه و با صدای بلند ذکر لبیك گفتن (در حج) و دویدن بین صفا و مروه و لمس حجرالاسود و دخول در کعبه و تراشیدن سر (فقط مقداری از موی خود را کوتاه می‌کنند) وعهده‌دار شدن قضاوت و حکومت نیست...».

همین روایت با اندك تغییر و تفاوت در عبارت یعنی: «لاتلی الامارة» به جای «لاتولی الامارة» در **وسائل‌الشیعة** آمده است. [۲]

تقریباً عین همین روایت با اندك تفاوتی در الفاظ وعبارات به عنوان یکی از وصایای حضرت رسول(ص) به علی(ع) در کتاب **بحارالانوار** [۳] و **الفقیه** [۴] نقل شده است که ظاهراً باید یك روایت باشند. [۵]

---

۱. به نقل از آیت‌الله منتظری در کتاب ولایةالفقیه، پیشین، ص ۳۵۴، از خصال صدوق ج ۲، ص ۵۸۵ ابواب السبعین و مافوقه، حدیث ۱۲.

۲. وسائل‌الشیعه، ج ۱۴، ص ۱۶۲ باب ۲۳ از ابواب مقدمات نکاح، حدیث ۱.

۳. بحارالانوار، محمدباقر مجلسی، ج ۱۰۳، ص ۲۵۷.

۴. الفقیه، ج ۴، ص ۳۶۴، باب النوادر، حدیث ۵۷۶۲ به نقل از آیت‌الله منتظری در ولایةالفقیه، پیشین، ص ۳۵۵.

۵. آیت‌الله منتظری، منبع پیشین، می‌گوید: «اذالظاهر کونهما روایة واحدة فتدبر».

سیاق و نحوه بیان مطلب در این روایت که صحت آن نیز مورد تردید برخی فقیهان است[۱] و عده‌ای خواسته‌اند ضعف آن را با شهرت جبران نمایند،[۲] صراحت در ممنوعیت قضاوت ندارد، بلکه سیاق روایت در مقام رفع یك سلسله تکالیف و وجوب یا استحباب مؤکد برخی از امور از زنان است، به گونه‌ای که هیچیك از فقیهان شیعه به این روایت بر حرمت حضور زنان در جمعه و جماعت و تشییع جنازه و عیادت مریض و امثال آنها که در این روایت شمرده شده استناد نکرده‌اند. بنابراین به فرض صحت سند روایت، نحوه بیان به گونه‌ای نیست که بتوان به آن بر ممنوعیت و حرمت قضاوت استناد کرد. هرچند آقای منتظری استظهار کرده‌اند که در این روایت عبارت: «لاتولی المرأة القضاء» رفع حکم وضعی است نه تنها حکم تکلیفی برخلاف امور دیگری که قبل از آن بیان شده که به نظر ایشان ظاهراً در مورد آنها فقط نفی وجوب و استحباب به عمل آمده است.[۳]

۲-روایتی را مفید از ابن عباس نقل کرده که از جمله سؤالاتی که عبدالله بن سلام از پیامبر اکرم(ص) نمود این بود: «آیا آدم از حوا خلق شده یا حوا از آدم؟ پیامبر(ص) فرمود: حوا از آدم خلق شده و اگر آدم از حوا خلق شده بود هر آینه طلاق در دست زنان بود نه در دست مردان و در برابر این سؤال که آیا حوا از کل آدم خلق شده یا از بعض آدم، فرمود: از بعض آدم خلق شده و اگر از کل آدم خلق شده بود هر آینه زنان نیز می‌توانستند مانند مردان قضاوت کنند».

«...ولو خلقت حواء من کله لجاز القضاء فی النساء کما یجوز فی الرجال».[۴]

به‌نظر می‌رسد مفاد و محتوای این حدیث بخوبی نشانگر تردید جدی در صحت صدور آن از پیامبر(ص) باشد و نمی‌تواند به عنوان دلیل بر حرمت قضاوت مورد استناد قرار گیرد.

---

۱. مجمع‌الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، احمد مقدس اردبیلی، ج ۱۲، ص ۱۵. آقای موسوی اردبیلی در کتاب فقه‌القضاء، ص ۸۲ می گوید: «این حدیث هم از حیث سند و هم از حیث دلالت مخدوش است».

۲. مفتاح الکرامة، سید محمد جواد عاملی، ج ۱۰، ص ۹، پس از بیان نظر مقدس اردبیلی در دلیل نبودن حدیث می گوید: «و هذا خبر منجبر بالشهرة العظیمة».

۳. ولایةالفقیه، پیشین، ص ۳۵۴ و ۳۵۵.

۴. به نقل از آیت‌الله منتظری در ولایةالفقیه، ص ۳۶۰، از الاختصاص مفید، ص ۵۰.

۳ـ روایتی در مستدرک‌الوسائل از طریق ابوبصیر از امام صادق(ع) نقل شده که ابن عباس گفت: «به حوا خطاب شد: هم‌اکنون (از بهشت) بیرون شو برای همیشه که تو را در عقل و دین و ارث و شهادت، ناقص قرار دادم و از بین شما کسی را حاکم (قاضی) قرار نمی‌دهم و کسی را به پیامبری مبعوث نمی‌نمایم».[1]

این روایت هم اگر صحت داشته باشد نقل کلام ابن عباس در مورد داستان خلقت حوا و خروج او از بهشت است که از لحاظ فقهی نمی‌تواند مستند فتوا قرار گیرد.

۴ـ در کنزالعمال از عایشه نقل شده که گفته است: «زن نمی‌تواند داور باشد و بین عامه مردم قضاوت کند».[2]

این حدیث نیز در حدی از اعتبار نیست که بتواند معتبر و مستند فتوا قرار گیرد.

۵ـ روایت منقول از طریق ابی خدیجة از امام صادق(ع) که فرمود: «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور، ولکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوا بینکم فانی جعلته قاضیا فتحاکموا الیه...».[3]

این حدیث از مراجعه به قضات جور منع کرده، و فرموده مردی را در بین خود پیدا کنید که احکام ما را می‌داند، او را به داوری برگزینید که من او را برای شما قاضی قرار دادم. گفته شده چون در این حدیث سخن از مرد به میان آمده و امام فرموده است مردی (رجل) را پیدا کنید که احکام ما را بداند و او را قاضی خود بدانید، پس زن نمی‌تواند قاضی باشد.

پر واضح است که این روایت در مقام بیان شرط قضاوت از حیث مرد و زن بودن نیست، بلکه محل بحث نهی از مراجعه به قضات جور است و پیداست که ذکر کلمه مرد (رجل) از باب تغلیب و جریان عادی آن روزگار است که کارهای اجتماعی از جمله قضاوت در دست مردان بوده است و امام در مقام بیان و شرط قرار دادن مرد بودن در قضاوت نبوده است.

---

۱. آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۳۶۰ به نقل از مستدرک الوسائل، ج ۲، ص ۵۵۷، باب ۹۴ از ابواب مقدمات نکاح، حدیث ۲: «قال ابن عباس: فنودیت: یا حواء... الان اخرجی ابدا فقد جعلتك ناقصة العقل و الدین والمیراث و الشهادة... و لم اجعل منکن حاکما ولا ابعث منکن نبیا».

۲. کنزالعمال، چاپ بیروت، ۱۹۸۵ میلادی، چاپ پنجم، ج ۶، ص ۷۹، باب یك از کتاب الاماره شماره ۱۴۹۲۱.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴، باب ۱ از ابواب صفات قاضی حدیث ۵.

دسته دوم: روایاتی که زمامداری زن را منع کرده است؛ معروف ترین روایت در این زمینه که عمدتاً از طریق اهل سنت نقل شده و با عبارات مختلف ولی تقریباً به یك معنا ذکر شده روایتی است از حضرت رسول(ص) که فرمود: «رستگار نمی‌شود جماعتی که زنی بر آنها حکومت کند، یا سرپرستی آنها را زنی به عهده داشته باشد»، تعبیراتی چون: «لن یفلح قوم ولوا امرهم امرأة» یا: «لن یفلح قوم اسندوا امرهم الی امرأة». یا: «ما افلح قوم قَیِّمَتهم امرأة» یا: «لایفلح قومَ ولِیَتهم امرأة» نقل شده است.

همه این تعبیرات در واقع به یك معناست و در کتب مختلف حدیث و فقه مخصوصاً کتب اهل سنت چون صحیح بخاری، سنن نسائی و مسند احمد و سنن ترمذی و نهایه ابن‌الاثیر و همچنین از کنزالعمال و تحف‌العقول و کتاب خلاف شیخ طوسی نقل شده است.[1]

و منبع نقل حدیث نیز شخصی به نام ابی‌بکره است که می گوید: «در جنگ جمل می‌خواستم به سپاه اصحاب جمل ملحق شوم و در رکاب آنها کارزار نمایم ولی ناگهان به یاد کلامی از پیامبر اکرم(ص) افتادم که در آن موقع برایم مفید افتاد و از پیوستن به اصحاب جمل که زمامداری آنها را عایشه برعهده داشت خودداری کردم.» در مورد سخن پیامبر(ص) می گوید: وقتی به پیامبر(ص) خبر دادند که ایرانیان دختر کسری را به عنوان پادشاه خود انتخاب کردند، فرمود: قومی که زمام امرشان را به دست زنی بدهند رستگار نخواهند شد: «لن یفلح قوم ولوا امرهم امرأة».[2]

صحت و اعتبار این حدیث و نحوه و زمان نقل آن و قابل استناد بودن گفتار این راوی که پس از حدود ۲۵ سال از فوت پیامبر اکرم(ص) این کلام را به خاطر آورده، قویاً مورد تردید است و بخصوص فقهای شیعه که این حدیث را نقل کرده‌اند با اشاره به ضعف آن، مشهور بودن حدیث و یا اجماعی بودن حکم و طبیعی بودن ناتوانی زن از امر قضاوت را چاشنی آن کرده و بدین‌وسیله خواسته‌اند سست بودن اعتبار این حدیث را جبران کنند.[3]

---

۱. ولایة‌الفقیه، آقای منتظری، پیشین، صص ۳۵۴-۳۵۳.

۲. ر.ك: صحیح بخاری، چاپ بیروت، دارالمعرفة، ج سوم، ص ۹۰ باب کتاب النبی الی کسری و قیصر.

۳. ولایة‌الفقیه، آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۳۵۴: «ولعل الشهرة تجبر ضعفه...».

گذشته از این، دلالت این نوع بیان در این حدیث منقول، حداقل بر ممنوعیت قضاوت زن که در محدوده مقررات حکومتی و در قالب قوانین موضوعه و ضوابط مصوب رسیدگی و حکم صادر می کند جداً محل تأمل است، زیرا به فرض دلالت حدیث مزبور بر نفی ولایت و زعامت زن که آن هم خیلی مسلم نیست و لحن حدیث می تواند ارشادی و مقطعی و باتوجه به زمان صدور باشد، اصولاً قضاوت در نظام قضایی کنونی با همه ارزش و اهمیت آن اعمال ولایت محسوب نمی شود که از این باب اجرای آن از سوی زنان برای مردان ممنوع باشد.

برخی از روایات دیگر نیز در این زمینه وجود دارد که از افتادن کار به دست زنان و مشورت با آنها اظهار نگرانی شده و نشانه عدم سلامت جامعه و افراد آن گرفته شده است. مثل روایت منقول از حضرت علی(ع) که: «هر مردی تدبیر کارش به دست زن باشد ملعون است (کل امرء تدبره امرأة فهو ملعون)».[1]

و یا روایت منقول از طریق ابوهریرة از پیامبر اکرم(ص) که: «هر گاه امراء شما خوبان و ثروتمندانتان سخاوتمند و امورتان به صورت شورایی است، روی زمین برای شما بهتر از زیر زمین است و هر گاه امراء شما اشرار و ثروتمندانتان بخیل وامورتان موکول به زنان یا در اختیار زنانتان هست، پس زیر زمین برای شما بهتر است از روی زمین».[2]

این نوع روایات علاوه‌بر اینکه در صحت و اعتبارشان تأمل و تردید وجود دارد اصولاً دلالت مستقیم و غیرمستقیم بر ممنوعیت قضاوت زن ندارند.

دسته سوم: روایاتی که دال بر نقصان عقل و درک زنان و ضعف و ناتوانی‌شان می‌باشند. برخی از روایات به جنبه نقصان فکری و عقلی زنان و اینکه اگر در امور اجتماعی دخالت داشته باشند پیامدهای ناگواری را با خود خواهند داشت دلالت دارند. مثل کلماتی که در **نهج‌البلاغه** از امیر المؤمنین علی(ع) در جاهای مختلف درخصوص ناقص‌العقل بودن زنان و باطل بودن رأی و تدبیر آنها نقل شده است و از مشورت کردن و عمل کردن به نظر آنها پرهیز داده شده است. مثلاً در نامه خطاب به امام حسن(ع) آمده است: از مشورت

---

۱. منبع پیشین، ص ۳۵۹، نقل از کافی، ج ۵، ص ۵۱۸.

۲. منبع پیشین، ص ۳۵۵ به نقل از سنن ترمذی، ج ۳، ص ۳۶۱، اب ۶۴ از ابواب فتن.

نمودن با زنان پرهیز کن که رأیشان ضعیف و عزمشان سست است «ایاك و مشاورة النساء فان رأیهن الی افن و عزمهن الی وهن...».[۱]

و یا آنچه در سنن ابن ماجه از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که فرمود: «زنان ناقص العقل و ناقص الایمان هستند و علت نقص عقل را معادل بودن ارزش شهادت دو زن با شهادت یك مرد و نقصان دین را نماز نخواندن و روزه خوردن در ایام حیض فرموده است».[۲]

نظیر همین مطلب در مورد ناقص العقل و ناقص الایمان بودن از حضرت امیر(ع) نیز در نهج البلاغه نقل شده است[۳] و همچنین در روایاتی آمده است که با نظر زنان مخالفت کنید وحتی اگر به کار خوبی نظر دادند از آنان پیروی ننمایید که مبادا طمع کنند تا در کارهای شر و خلاف از آنها پیروی نمایید. از پیامبر(ص) نقل شده: «اعصوهن فی المعروف قبل ان یامرنکم بالمنکر»[۴] و یا تعبیراتی در برخی روایت که دلالت بر شدت مراقبت از زنان دارد که با دیگران تماس نگیرند و کاری به آنها واگذار نشود و حتی اگر امکان داشته باشد به غیر از شوهر کس دیگری را نشناسند مثل جمله منقول از حضرت علی(ع) خطاب به امام حسن(ع) که قسمتی از آن قبلاً نقل شد: «و ان استطعت ان لایعرفن غیرك فافعل...» و نظایر آنها.

استفاده فقهی ممنوعیت قضاوت زن از این گونه روایات که هم اعتبار سندی شان محرز نیست و هم صدور برخی از آنها از پیامبر(ص) و امام(ع) سخت مورد تردید است ومحتوای برخی از آنها حداقل با بدیهیات امروزی جوامع اسلامی مغایرت دارد و هم در مقاطع خاصی با توجه به وضعیتی که زنان داشتند و نوع دید و نگاهی که به آنان می شد وارد شده اند، کار دشواری است و چنانکه دیدیم فقهاء نیز چندان روی روایات تأکید نکرده اند و مستند فتوای خویش را عمدتاً اجماع و توجیهات منطقی وعقلی متناسب درك زمانه خود قرار دادند.

---

۱. نهج البلاغه فیض الاسلام، ص ۹۳۸.

۲. سنن ابن ماجه از انتشارات داراحیاء التراث العربی، ج ۲، ص ۱۳۲۶، کتاب الفتن، باب ۱۹.

۳. نهج البلاغه، فیض الاسلام، ص ۱۷۹: «معاشر الناس ان النساء نواقص الایمان، نواقص الحظوظ، نواقص العقول...».

۴. کافی، ج ۵، ص ۵۱۶، کتاب النکاح، باب فی ترك طاعة النساء، حدیث ۲.

۳. اجماع

معتبرترین دلیل نقلی که برای ممنوعیت قضاوت زنان مورد استناد فقهاء قرار گرفته، اجماع است، بسیاری از فقیهان به هنگام بیان شرط مرد بودن برای قضاوت، به اجماع فقهاء و مورد اختلاف نبودن این شرط اشاره کرده‌اند. نحوه بیان مطلب از شیخ طوسی در کتاب خلاف[1] و مبسوط،[2] و اشاره به نظر مخالف بعضی از فقهای عامه مثل ابوحنیفه و ابن جریر طبری در جواز قضاوت زن در بعضی از امور یا به‌طور مطلق، مشعر به این معناست که از نظر شیخ، عدم جواز قضاوت زن در بین امامیه قطعی است.

صاحب جواهر پس از نقل بیان متن شرایع در مورد شرایط قضاوت که عبارت است از: بلوغ، کمال عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد، علم و مرد بودن، می گوید در هیچیك از این شروط بین فقهاء اختلافی نیست،[3] شهید ثانی نیز در مسالك ذیل همین عبارت شرایع می گوید این شرایط مورد اتفاق فقهای ماست.[4]

نراقی نیز در مستندالشیعة در بیان شرایط قضاوت می‌گوید: «یکی از این شرایط مرد بودن است به اجماع «و منها الذکورة بالاجماع»[5] در اکثر کتب متداول فقهی دیگر نیز تصریحاً یا تلویحاً به اجماعی بودن ممنوعیت زنان از قضاوت اشاره شده است.

نحوه بیان مرحوم مقدس اردبیلی در کتاب مجمع‌الفائدة و البرهان که قبلاً آن را نقل کردیم، مشعر بر عدم اطمینان وی به وجود اجماع بر منع مطلق قضاوت زنان است، زیرا وی گفته است: «ممنوعیت زنان از قضاوت مشهور است اگر مطلب، اجماعی باشد بحثی نیست وگرنه ممنوعیت مطلق آنان از قضاوت جای بحث است».[6]

---

۱. کتاب القضاء خلاف مسأله ۶ به نقل از آیت‌الله منتظری ولایة‌الفقیه، پیشین، ص ۳۳۶.
۲. المبسوط فی فقه‌الامامیه، شیخ طوسی، ج ۸، ص ۱۰۱.
۳. جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۱۲: «بلاخلاف احده فی شیٔ منها».
۴. مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۳، ص ۳۲۹.
۵. مستندالشیعة، احمد نراقی، چاپ تبریز، ج دوم، ص ۵۱۹.
۶. مجمع‌الفاعدة و البرهان، مقدس اردبیلی، پیشین، ص ۱۵.

بحثی در تحقق اجماع و اعتبار آن در این مورد

چنانکه دیدیم، معتبرترین دلیل نقلی که بر ممنوعیت قضاوت زنان از سوی فقهاء مورد استناد قرار گرفته اجماع است و اکثر فقیهان به هنگام بیان حکم یا به آیات و روایات استناد نکرده‌اند و یا اشاره‌ای نموده و در برابر شبهه ضعف دلالت یا سند روایت، به بودن اجماع دل قوی داشته و تردیدی در صدور فتوی به ممنوعیت قضاوت زن روا نداشته‌اند.

ولی وجود اجماع و حجیت اجماع نقل شده نیز در این زمینه سخت مورد تردید است، زیرا چنانکه دیدیم در برخی متون اولیه فقهی مثل نهایه شیخ طوسی و مقنعه مفید و الکافی فی‌الفقه ابوالصلاح و به نقل از آیت‌الله منتظری[1] کتابهای المقنع و الهدایة صدوق و فقه‌الرضا و نیز کتاب سرائر ابن ادریس از ممنوعیت قضاوت زنان سخنی به میان نیامده است.

و از آنجا که حجیت اجماع در فقه شیعه به لحاظ کاشفیت آن از قول معصوم(ع) است، نبودن چنین حکمی در متون اولیه‌ای که برای نقل احکام وارده از سوی معصومین(ع) تدوین شده، وجود اجماع معتبر را قویاً مورد تردید قرار می‌دهد، زیرا حجیت اجماع به لحاظ اتفاق همه فقهای امامیه بر امری است که از جمله آنها امام(ع) است و چون متضمن قول امام(ع) است حجت و معتبر می‌باشد و گرنه به خودی خود از حجیت برخوردار نیست بنا به گفته منقول از شیخ مفید:

«اجماع امت به خودی خود حجت نیست، بلکه از باب وجود امام معصوم(ع) در بین آنهاست و وقتی ثابت شد همه علمای امت بر امری اجماع دارند، بدون شك امام معصوم(ع) هم یکی از آنهاست و اگر چنین نباشد، اعلام وجود اجماع نادرست است و در هر حال حجیت اجماع به خاطر این است که متضمن قول امام(ع) است».[2]

نقل نظر نراقی و برخی فقیهان

نراقی در کتاب عوائدالایام می گوید:

۱. ولایةالفقیه، پیشین، ص ۳۳۹.

۲. ر.ك: عوائد الایام، ملا احمد نراقی، انتشارات قم، چاپ سوم، ۱۴۰۸ هجری قمری، ص ۲۳۲، از مفید نقل می کند که گفته است: «اجماع الامة لتضمنه قول الحجة...».

«اجماعی که در کلمات فقهای متأخر ما از آن صحبت می‌شود به یکی از معانی سه‌گانه است:
۱ـ اجماع همه علمای امت یا علمای امامیه به گونه‌ای که یکی از آنها امام عصر(ع) است
۲ـ اجماع علماء بر امری که خود نشان‌دهنده ورود امام(ع) نیز در این امر است زیرا اگر امام(ع) آن را قبول نداشته باشد باید به گونه‌ای جلوی ظهور و رواج باطل را بگیرد و مخالفتهایی در این زمینه ظاهر شود. وقتی مخالفتی پیدا نشد معلوم می‌شود امام(ع) هم بدان راضی است و آن نظر درست و مورد قبول امام(ع) است ۳ـ اتفاق همه علمای امت یا علمای امامیه یا اتفاق نظر برخی از علماء بر امری به‌گونه‌ای که معلوم شود امام (ع) در این قول و جزء معتقدین به این نظر است».[1]

پیداست در این شق سوم که حتی اتفاق نظر همه علماء و فقهاء شرط نیست، تشخیص اینکه نظر و قول امام معصوم(ع) و غایب چیست، کار ساده‌ای نمی‌باشد.

به هر حال معلوم است قطع نظر از صحت و سقم این مبنایی که برای اجماع و حجیت آن ذکر شده که می‌تواند جای بحث داشته باشد، دلیل بودن اجماع هم برمی‌گردد به گفته معصوم(ع) یا حداقل رضایت و عدم مخالفت او و به نوعی به همان دلیل سنت به معنای عام آن که عبارت است از بیان و عمل و یا تقریر معصوم یعنی اجماع هم نوعی نقل غیرمکتوب و بدون بیان سلسله اسناد یك روایت است و لذا اگر تحقق این امر مسلم نباشد یا نظرات ابراز شده فقهاء همراه با بیان حکمت و فلسفه باشد و آن حکمت‌ها و علت‌ها، جای بحث داشته و یا برحسب تحول زمان متغیر باشد، نمی‌توان به صرف وجود اجماع، حکمی را ثابت کرد.

در مانحن فیه به‌رغم ادعای اجماع بر ممنوعیت قضاوت زنان، اولاً وجود اجماع به گونه‌ای که کاشف از قول امام معصوم(ع) بوده و حجت باشد ثابت نیست. ثانیاً مبنای اعلام نظر فقهاء که جمع آنها اجماع را تشکیل می‌دهد، امور و توجیهاتی است که قابل خدشه است و از این حیث نظر فقهاء نمی‌تواند بیانگر حکم منقول از امام(ع) یا مورد تأیید و یا رضایت او تلقی گردد.

---

۱. عوائدالایام، نراقی، پیشین، صص ۳۳۴ـ۳۳۳.

در اینجا خالی از فایده نیست که در قسمت مربوط به اجماع معتبر در نزد فقهای امامیه در خصوص مسأله مورد بحث نظر آیت‌الله منتظری و مرحوم آیت‌الله بروجردی را نقل نماییم.

آقای منتظری می گوید:

«در مورد قضاوت هرچند صاحب جواهر و دیگر فقیهان ادعای اجماع و عدم خلاف در مورد شرط مرد بودن نموده‌اند و اجماع را یکی از ادله این مسأله ذکر کرده‌اند ولی باید دانست که این موضوع در کتابهایی مثل مقنعه و مقنع و هدایه و نهایه و فقه‌الرضا که برای نقل احکام منقوله از معصومین(ع) تنظیم شده دیده نمی‌شود. ممنوعیت قضاوت زن را شیخ طوسی در کتابهای خلاف و مبسوط خود که برای جمع آوری فروع اجتهادی و استنباطی تألیف نموده ذکر کرده و فقهای پس از او هم در کتب خود این مسأله را متعرض شده‌اند، بنابراین ثبوت اجماع در این مسأله به گونه‌ای که کشف شود مسأله از سوی معصوم(ع) نقل شده و دست به دست گشته کار دشواری است حتی خود شیخ طوسی هم در کتاب خلاف خود برای اثبات ممنوعیت قضاوت زن در برابر نظر مخالف حنفیه و ابن جریر، به اجماع استناد نکرده، بلکه مستند خود را اصل و برخی روایات قرار داده است». [1]

دیدگاه خاص آیت‌الله بروجردی در مورد اجماع

آقای منتظری در خصوص اجماع و حجیت آن بیانی را از مرحوم آیت‌الله بروجردی نقل می کند که ذکر آن مفید خواهد بود، وی می گوید: استاد ما آیت‌الله عظمای بروجردی بارها می گفت: «مسائل عنوان شده در فقه امامیه دو قسم است:

۱. مسائل اصلی که دست به دست از ائمه معصومین(ع) گرفته شده است.

۲. مسائل فرعی که فقهاء با اجتهاد خود از این مسائل اصلی استنباط کرده‌اند.

متقدمین از فقهاء در تألیفات فقهی خود فقط متعرض قسم اول می‌شدند و اغلب سعی داشتند الفاظ روایات را نیز حفظ کنند به گونه‌ای که هر کس کتاب آنها را می نگریست فکر می کرد آنها اهل اجتهاد نبوده ومتأخرین از متقدمین تقلید می کردند. برای نمونه به کتابهای صدوق مانند:

---

۱. ولایةالفقیه، آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۳۳۹.

فقیه، مقنع و هدایة و مقنعه مفید و رساله‌های علم‌الهدی و نهایه شیخ طوسی و مراسم سلار و کافی ابوالصلاح و مهذب ابن براج و امثال آنها مراجعه کنید. شیخ طوسی در ابتدای کتاب مبسوط بیانی دارد؛ و خلاصه‌اش این است که استمرار این روش موجب طعن مخالفین شد، به گونه‌ای که فقه ما را تحقیر می کردند در حالی که اغلب و عمده مسائل و فروعی را که مخالفین ذکر می کردند در اخبار ما موجود بود و طبق موازین مذهب ما نیز بدون توسل به قیاس استخراج می‌شد و به هر حال من از قدیم‌الایام در این فکر بودم تا کتابی را که مشتمل بر فروع مختلف باشد تألیف نمایم ولی موانعی جلو اجرای این تصمیم را می گرفت در سابق من کتاب نهایه را تألیف کردم و آنچه را اصحاب ما از مسائل اصلی فقه در کتب خود آورده بودند نقل کردم و در آخر آن کتاب نیز مختصری از همه عقود آوردم ولی دیدم این یك امر ناقص است که فهمش بر مراجعه کننده به کتاب دشوار است بنابراین تصمیم گرفتم کتابی را تألیف کنم که مشتمل بر مسائل همه کتب فقه باشد و آن را به بابهای مختلف تقسیم کرده ومسائل اصلی را ذکر و فروع نظیر آن را نیز جمع آوری نمایم و بسیاری از فروعی را که مخالفین در کتب خود آورده‌اند در اینجا ذکر کنم. آقای بروجردی ادامه می‌دهند. شیخ طوسی کتاب نهایه را به روش فقهای اولیه امامیه برای نقل مسائل اصلی تألیف کرد و کتاب مبسوط را به‌عنوان کتاب جامع اصول و فروع به نگارش درآورد.

بنابراین هرگاه مسأله‌ای در کتابهایی که برای نقل مسائل اصلیِ رسیده از معصومین(ع)، تألیف شده، ذکر شود می‌توان حدس زد که از معصوم(ع) گرفته شده واجماع فقهاء بر این نوع مسائل بلکه اشتهار مسأله‌ای بین این فقهاء، حجت شرعی است چون کاشف از قول معصوم(ع) است.

واما مسائل فرعی استنباطی، وجود اجماع هم در مورد آنها نتیجه‌ای در بر ندارد و حجت نیست، زیرا اجماع در این امور نظیر اجماع در مسائل عقلی است واز نظر فقهای امامیه اجماع واتفاق بر امری به صرف اجماع بودن موضوعیت ندارد و اجماع فقط به عنوان طریق کشف قول معصوم(ع) اعتبار دارد.»[۱]

---

۱. پیشین، صص ۳۴۰ـ۳۳۹.

آقای منتظری پس از نقل سخنان آیت‌الله بروجردی در مورد اجماع می گوید در موضوع مورد بحث یعنی ممنوعیت قضاوت برای زن، مسأله این گونه نیست که از معصوم(ع) گرفته شده باشد و لذا در این کتابهای اولیه فقهی ذکر نشده است.

بنابر این اجماعی که در این باب نقل شده، هر چندافرادی چون صاحب جواهر هم بر آن اعتماد کرده باشند نمی تواند مفید فایده باشد و در مورد استناد قرار گیرد.[۱]

بدین ترتیب می‌بینیم اجماع هم که معتبرترین دلیل نقلی فقیهان بر منع اشتغال زنان از قضاوت به شمار می آید نمی تواند مستند محکمی برای این حکم قرار گیرد و حال ببینیم دلایل عقلی و توجیهات منطقی که بسیاری از فقیهان به آنها استناد کرده‌اند چیست و از چه پایه‌ای از اعتبار و استحکام برخوردار است.

ب ـ دلایل عقلی

آنچه در این زمینه از لابلای کلمات فقهاء و صاحب‌نظران دیده می‌شود و به استناد آنها ممنوعیت قضاوت زنان را توجیه می کنند عبارت است از: الف ـ نقصان زن و عدم اهلیت او برای قضاوت، ب ـ لزوم مستور بودن زنان وعدم اختلاط آنان با مردان، ج ـ سیره، د ـ اصل عدم جواز قضاوت. جمع این وجوه را در بیان صاحب جواهر می توان بخوبی دید که پس از اشاره به اجماع و برخی احادیث می گوید مؤید این مطلب ناقص بودن زن از احراز این منصب واینکه مجالست با مردان و بلند کردن صدای خود در بین مردان در شأن زنان نیست واینکه مستفاد از سیاق روایات در مورد نصب منصب قضاوت از سوی شارع منصرف به غیر از زنان است بلکه در برخی از روایات تصریح به مرد (رجل) شده است و لااقل در مورد مأذون بودن زنان به قضاوت، شك وجود دارد و اصل، عدم اذن است.[۲]

۱. ناقص بودن وعدم اهلیت برای قضاوت

در نوشته‌های بسیاری از فقیهان و عالمان دینی از شیعه و سنی به تعابیر مختلف به

---

۱. همان، ص ۳۴۱.

۲. جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۱۴: «مؤید ابنقصها عن هذا المنصب و انها لایلیق مجالسة الرجال و رفع الصوت بینهم و بان المنساق من نصوص النصب فی الغیبة غیرها بل فی بعضها التصریح بالرجل، لااقل من الشك والاصل عدم الاذن».

ناقص بودن زن نسبت به مرد و در نتیجه عدم اهلیت او برای تصدی چنین مقامی اشاره شده است. برخی به صراحت کمبود داشتن و ناقص‌العقل و سست‌رأی بودن طبیعی زنان را ذکر کرده‌اند و برخی این نقص و عدم اهلیت را تحت عنوان غلبه احساسات زنان بر تعقل آنها و فزونی تعقل مردان، بیان کرده‌اند که حال به نمونه‌هایی از گفتار فقهاء اشاره می کنیم.

علاوه‌بر صاحب جواهر که بیان او را در نقصان زنان نقل کردیم برخی فقیهان دیگر نیز یا به همین صورت یا تحت عنوان لزوم کمال برای احراز قضاوت و فاقد بودن زن، صفت کمال را بیان کرده‌اند، مثلاً در کشف‌اللثام فاضل هندی آمده است که: زن هر چند سایر شرایط قضاوت را داشته باشد نمی‌تواند قاضی شود به خاطر اینکه روایات دلالت بر نقصان عقل و دین او دارند و شهادت دو نفر آنها معادل شهادت یك مرد است و نمی‌توانند برای مردان امام جماعت شوند.[۱]

شهید ثانی نیز در مسالك نظیر همین تعابیر را به کار برده و تصریح نموده که زن اهلیت دارا شدن این منصب را ندارد.[۲]

صاحب مفتاح‌الکرامة نیز در مقام تأیید روایت مربوط به عدم جواز ولایت و قضاوت زن به روایات مشعر به نقصان عقل و دین زن و عدم شایستگی او برای امام جماعت شدن برای مردان و نصف بودن ارزش شهادت او استناد کرده است.[۳]

همان‌طور که گفتیم برخی از فقهاء اصولاً یکی از شرایط قضاوت را کمال شخص ذکر کرده‌اند و زن را فاقد کمال لازم برای احراز این منصب دانسته‌اند.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط می گوید:

«هیچکس نمی‌تواند قاضی شود مگر اینکه سه شرط اصلی را دارا باشد: علم، عدالت و کمال و در مورد شرط سوم می‌گوید قاضی باید از دو جهت کامل باشد یکی در خلقت و دیگری در احکام؛ کمال در خلقت این است که بینا باشد و کمال در احکام بدین معناست که بالغ، عاقل،

---

۱. کشف‌اللثام، فاضل هندی، کتاب القضاء، ج دوم، ص ۳۲۲.

۲. مسالك الافهام، ج ۱۳، ص ۳۲۷: «و اما اشتراط الذکورة فلعدم اهلیة المرأة لهذا المنصب...».

۳. مفتاح الکرامة، ج ۱۰، پیشین، ص ۹.

آزاد و مرد باشد و زن نمی تواند به هیچوجه قاضی شود». [۱]

در این بیان زن بودن همانند عدم بلوغ و فقدان عقل، از جهات فقدان کمال ذکر شده و موجب محرومیت از اشتغال به قضاوت دانسته شده است. نظیر همین تعبیر را فقیه معاصر شیخ طوسی قاضی ابن البراج در کتاب **المهذب** خود به کار برده و زن را به لحاظ فاقد بودن کمال در احکام همانند غیر بالغ و برده از قضاوت محروم دانسته است. [۲]

ابن قدامه از فقیهان معتبر اهل سنت نیز در کتاب مشهور خود **المغنی** به همین سیاق عمل کرده و گفته است:

«در قاضی وجود سه شرط لازم است یکی از آنها کمال است و کمال دو نوع است کمال احکام و کمال خلقت و کمال احکام عبارت است از این که شخص بالغ، عاقل، آزاد و مرد باشد و سپس در رد قول ابن جریر که به‌طور مطلق و ابوحنیفه که در غیر حدود، قضاوت زن را پذیرفته‌اند گفته است در مجلس قاضی، مردان واصحاب دعوا حضور پیدا می کنند و لازم است قاضی زیرك و برخوردار از کمال عقل و نظر باشد، درحالی که زن ناقص العقل و ضعیف الرأی است واهل حضور در مجالس مردان نیست و شهادت زنان حتی اگر هزار نفر باشند تا وقتی شاهد مردی همراه آنان نباشد پذیرفته نیست». [۳]

شبیه همین سخن را با تفاوت بسیار اندك در نحوه بیان، دیگر فقیه سنی هم عصر شیخ طوسی یعنی ابوالحسن ماوردی در کتاب **الاحکام السلطانیه** خود بیان کرده و گفته است:

«یکی از شرایط قضاوت مرد بودن قاضی است و این شرط دوچیز است: بالغ بودن ومذکر بودن چرا که غیربالغ تکلیف بر او جاری نیست و بر گفته او حتی علیه خودش نیز ترتیب اثری داده نمی‌شود و اما زن نیز نمی تواند قاضی شود چون برای احراز مرتبه ولایت نقص دارد هرچند برخلاف نابالغ، برگفته‌هایش ترتیب اثری داده می‌شود». [۴]

---

۱. المبسوط، شیخ طوسی، پیشین، ج ۸، صص ۱۰۱ـ۹۹.

۲. المهذب، قاضی ابن‌البراج، ج ۲، پیشین، ص ۵۹۹: «...و اما کمال الاحکام، بان یکون بالغا حرا، ذکرا لان المرأة لاتنعقد لها القضاء علی حال».

۳. المغنی، ابن قدامه، ج ۹، ص ۳۹.

۴. الاحکام السلطانیة، الماوردی، پیشین، ص ۸۳ «...و اما المرأة فلنقص النساء عن رتب الولایات و ان تعلق بقولهن حکم».

توجیه محترمانه برخی معاصرین از عدم اهلیت زن برای قضاوت

بیان نقص و کمبود داشتن زنان برای احراز منصب قضاوت در نوشته برخی از صاحب‌نظران در دوران اخیر به گونه دیگری است و سعی شده توجیه محترمانه‌تری داشته باشد و لذا از به کار بردن ناقص‌العقل بودن ونظایر آن خودداری شده و تحت عنوان تفاوت زن و مرد به بیان قوت احساس و عاطفه در زن و قوت تعقل در مرد و اینکه قضاوت از اموری است که نیاز به تعقل بیشتر دارد و از این جهت به مردان اختصاص پیدا کرده، پرداخته‌اند.

علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان ذیل آیات مربوط به ارث از سوره نساء بر این مسأله تأکیده نموده و می گوید:

«از نظر اسلام، زن دارای شخصیتی مساوی شخصیت مرد در آزادی اراده و عمل از همه جهات می‌باشد و با مرد تفاوتی ندارد مگر آنچه مقتضای وضع روحی مختص به زن باشد، آنگاه می گوید: زن دارای حیات احساسی است وزندگی مرد، یك زندگی عقلانی است و بنابراین زن، از مناصب قضاوت و حکومت و مباشرت در امر قتال (جهاد) محروم شده، زیرا این سه امر از اموری هستند که باید مبتنی بر تعقل باشند، نه احساس».[1]

علامه طباطبایی می گوید:

«نتایج تلخی که جامعه بشری هم‌اکنون و در زمان ما به دنبال غلبه احساس بر تعقل، متحمل می‌شود، حکم این نظر اسلام و امتناع آن را از سپردن امور به دست زنان که احساساتشان غلبه دارد روشن می‌سازد. ایشان می گویند با همه تلاشی که غربی‌ها در طول سالهای متمادی برای تربیت دختران و تعلیم آنها هم پای پسران نمودند می‌بینیم تعداد سیاستمداران و قضات و فرماندهان در بین زنان در مقایسه با مردان بسیار ناچیز است و این خود بهترین شاهد بر این است که اصولاً طبیعت زنان در این زمینه‌ها و مسئولیت‌ها که نیاز به تعقل دارد، قابلیت رشد و پیشرفت را ندارد».[2]

آقای منتظری نیز دراین زمینه به تفصیل بحث نموده و تحت عنوان تفاوت مرد و

---

۱. تفسیرالمیزان، علامه طباطبایی، پیشین، ج ۴، ص ۲۴۴.

۲. همان.

زن می گوید:

«بی تردید زن و مرد در جهات و خصوصیت‌های طبیعی تفاوتهایی دارند و این به معنای ناقص‌تر بودن زن نیست، بلکه منظور این است که نظام الهی خلقت برای تحکیم نظام خانواده، تفاوتهایی را بین این دو قرار داده است. تدبیر و تعقل را به مرد و عواطف و احساسات را به زن داده است و بنابراین مرد مظهر عقل و تدبیر و زن مظهر رأفت و عاطفه است و بسیاری از تفاوتهای این گونه را برمی‌شمارد و اشاره می کند که علاوه‌بر اینها تفاوتهایی نیز از نظر کوتاه‌تر بودن قد زنان نسبت به مردان به‌طور متوسط، کم‌وزن‌تر و کم‌حجم‌تر بودن آنها وجود دارد و از لحاظ جمجمه و مغز و قلب وخون نیز زنان در سطح کمتر و پایین‌تری از مردان قرار دارند، و از آنجا که قضاوت همانند حکومت و ولایت امر بسیار مهم و خطیری است با طبع زنان و ظرافت آنها منافات دارد، از این رو نباید چنین مشغله‌ای را که به عقل و تدبیر و عاقبت‌سنجی بیش از عواطف و احساسات نیاز دارد، بر دوش زنان که مظهر رأفت و عواطف هستند گذاشت». [۱]

چنانکه ملاحظه می‌شود در این نوع نگرش نیز، زنان اهلیت و صلاحیت عهده‌دار شدن امر قضاء را ندارند ولی این امر برای آنها نقص حساب نمی‌شود، بلکه نوعی تفاوت طبیعی است که در واگذاری مسئولیتهای اجتماعی، ازجمله قضاوت، باید آنها را مدنظر قرار داد.

نقد نظریه نقصان و عدم اهلیت

دراین رابطه و این نوع توجیه می توان گفت بدون تردید تفاوتهایی در خلقت جسمی و روحی زن و مرد وجود دارد و همان‌طور که در کلام متأخرین که نمونه‌هایی از آن نقل شد آمده است این تفاوتها علی‌الاصول دلیل نقص یکی و کمال دیگری نیست ولی واقعاً تا چه حد از نظر علمی نقصان عقل و پایین بودن درجه فهم و شعور و ادراك زن ثابت شده است تا بتوان او را در ردیف کودکان نابالغ و محجور قرار داد و از صلاحیت فهم و تدبیر در بعضی امور اجتماعی محروم دانست چنانکه دیدیم اغلب قدما بر این طریق عمل می کردند درحالی که همین عالمان و فقیهان بلوغ جسمی و حتی فکری دختران را قبل از پسران

---

۱. ولایةالفقیه، ر.ك: آیت‌الله منتظری، پیشین، صص ۳۴۱ تا ۳۴۵.

می‌دانند و از لحاظ مقطع سنی دختر ۹ ساله را بالغ و علی الاصول او را صالح برای تصمیم گیری در امور خود می‌دانند و در برابر جرایم و خطاهای ارتکابی نیز همانند یك مرد بزرگ او را مسئول و قابل محاکمه و مجازات محسوب می کنند. قانون مجازات اسلامی بر مبنای این تفکر فقهی و اسلامی در ماده ۴۹ می گوید: اطفال در صورت ارتکاب جرم مبرا از مسئولیت هستند. تبصره ۱ آن ماده می گوید منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد. یعنی کسی که به حد بلوغ شرعی رسیده باشد دیگر طفل نیست و مسئولیت کیفری دارد و می‌دانیم که طبق نظر مشهور نزدیك به اجماع فقهاء دختر با داشتن ۹ سال تمام قمری و پسر با ۱۵ سال تمام قمری بالغ می‌شود و قانون مدنی نیز به تبعیت از همین قول مشهور، این حکم شرعی را به صورت رسمی قانونی درآورده و در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ مقرر داشته: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است».

در اینجا ناقص‌العقل بودن زن مطرح نیست و یا حداقل در حدی نیست که دامنه مسئولیت کیفری او و یا حدود اختیارات مالی او را کاهش دهد ولی برای محدود کردن دخالت زن در مسائل و مشاغل اجتماعی مانند قضاوت به نقصان عقل او استناد می‌شود.

همچنین با اینکه اجمالاً قوت احساسات و عواطف در زن معلوم است ولی این معنا از نظر علمی دقیقاً مشخص نشده که تا چه حد درجه احساسات و عواطف زن قدرت و غلبه دارد که آن مقدار لازم از درجه تعقل و تدبیر او را در مسائل اجتماعی تحت‌الشعاع قرار داده و از اعتبار بیندازد، به گونه‌ای که به طور جزم و قطع دستیابی به برخی از مشاغل را به لحاظ لزوم برخورداری از تعقل و تدبیر بیشتر خارج از حیطه صلاحیت زن دانست. درحالی که تجربه جوامع بشری در قرون جدید نشان می‌دهد که در بسیاری از مشاغل مهم و از جمله بخصوص، قضاوت زنان بسیاری که تحصیلات لازمه را فراگرفته و صلاحیت اخلاقی و شخصیتی مربوطه را داشتند، توفیقات خوبی به دست آوردند هرچند به پای مردان نرسیده‌اند ولی عملکردشان به گونه‌ای نبوده است که بتوان گفت به خاطر نقصان عقل و یا غلبه احساسات و عواطف لطمه شدیدی وارد کرده و بی لیاقتی ذاتی خود را نشان داده‌اند.

امروزه در بسیاری از کشورهای جهان از جمله برخی کشورهای اسلامی درصد معتنابهی از قضات را زنان تشکیل می‌دهند و در برخی جاها تا ۵۰٪ قضات زن هستند (آماری که در سال ۱۳۷۰ از زبان آقای رئیس دادگستری لاهه در مورد هلند شنیدم) و نمی توان گفت سیستم قضایی این کشورها به خاطر وجود این همه زن و غلبه احساسات بر تعقل رو به ویرانی و فساد و خرابی است. خودم شخصاً در برخی محاکم خارجی که با ریاست قاضی زن اداره می‌شد شرکت داشتم و حسن اداره دادگاه را با توجه به قوانین حاکمه کشور مربوطه مشاهده کردم. در خود ایران هم در مدتی که تعدادی از قضات زن در رده‌های مختلف از سال ۱۳۴۸ تا ۱۳۵۷ انجام وظیفه می کردند با همه دشواری‌ها که ممکن بود این کار برای آنها داشته باشد وخسته و افسرده‌شان بنماید، شنیده نشد به لحاظ کم‌عقلی و بی‌تدبیری و فزونی احساسات صدماتی به نظام قضایی وارد کرده و مسیر عدالت را منحرف کرده باشند. البته، این معنا می تواند صحیح و عاقلانه باشد که در تقسیم مشاغل و وظایف اجتماعی و اداره زندگی بشری با توجه به خصوصیات جسمی وروحی زن ومرد که هر دو انسان و مکمل یکدیگر هستند متناسب تر این است که وظایف سخت و سنگین و انرژی‌بر، به عهده مردان و مشاغل ظریف و دقیق و لطیف اعم از مشاغل مربوط به اداره خانه و کارهای مربوط به آن و یا وظایف اجتماعی چون مشاغل آموزشی و هنری و پرستاری و... به عهده زنان باشد و برنامه‌ریزیها با این سمت و سو صورت گیرد، ولی این امر غیر از این است که بگوییم اصولاً جایز نیست زنان برخی از مشاغل را که نیاز بیشتر به قدرت اندیشه و تدبیر دارد عهده‌دار شوند چون از قدرت عقلانی کمتری برخوردارند و دارای جسم نازك و روح لطیف هستند، یعنی محرومیت ذاتی برای آنها قائل شویم درحالی که حقیقتاً این معنا که بسیاری از فقیهان ما آن را چون یك امر بدیهی فرض کرده‌اند و این بداهت فرضی که شاید تا حدود زیادی متأثر از وضعیت موجود زنان و دور بودنشان از تعلیم و تربیت و مسائل جامعه بوده، آنان را بی‌نیاز از غور و تفحص بیشتر در دلایل نقلی مربوط به عدم جواز قضاوت زنان نموده، خیلی هم ثابت شده نیست و معلوم نیست زنان با همه تفاوتهایی که با مردان دارند از حد نصاب قدرت تعقل برای انجام چنین اموری برخوردار نباشند و غلبه احساسات آنها به گونه‌ای باشد که مانع کار عقلانی در حد لازم آن بشود. مخصوصاً که امروزه در تحقیقات

روانشناسی این معنا به صورت امری مسلم بیان می‌شود که در بهره هوشی تفاوت چندانی بین زن و مرد نیست.[۱] هرچند در برخی زمینه‌ها تفاوتهایی در میزان هوش آنها وجود دارد ولی وضعیت به گونه‌ای است که آزمایشها نشان داده، دختران از دوران ابتدایی تا دانشگاه و تا سطح لیسانس در مجموع بهتر از پسران درس می‌خوانند و موفقیت بهتری را به دست می‌آورند.[۲]

و آقای اسپنسر ا. راتوس، روان‌شناس معروف می‌گوید:

«سابق بر این، چون مردها درباره مشاغل، شناخت بیشتری داشتند و در علوم و صنعت استعداد خوبی نشان می‌دادند، همه باور کرده بودند که باهوش‌تر از زنها هستند، امروزه همه می‌دانیم که این شناخت بیشتر و این استعداد مردانه، از تفاوتهای هوشی نشأت نمی‌گیرد، بلکه از محرومیت و جدایی دائمی زنان از محیط‌های کاری علوم و صنعت ناشی می‌شود.»[۳]

۲. لزوم مستور بودن و عدم اختلاط با مردان

توجیه دیگری که برای ممنوعیت زنان از قضاوت در نوشته‌های فقیهان به کار رفته این است که طبق روایات و مقررات اسلامی، زنان باید حتی‌الامکان خود را بپوشانند و از نظرگاه مردان خود را دور نگهدارند و با آنان اختلاط و معاشرت نداشته باشند و چون قضاوت شغلی است که لازمه‌اش حشر و نشر و اختلاط با مردان و بحث و محاجه با آنهاست، از این رو باید آن را بر زنان ممنوع کرد.

چنانکه دیدیم در بیان صاحب جواهر و ابن قدامه و برخی فقهای دیگر، از این توجیه نیز سخن رفته بود. آقای منتظری هم در کتاب ولایة‌الفقیه خود تحت عنوان زن و پوشیدگی می‌گویند:

«از تتبع در آیات و روایات چنین برمی‌آید که زن به خاطر ظرافت و خواستنی بودن و احتمال وقوع در فتنه شرعاً از او خواسته می‌شود که خود را در حجاب قرار داده و مستور دارد و حتی‌الامکان از خانه خارج نشود و با مردان بیگانه معاشر و هم‌سخن نباشد مگر به اقتضاء

---

۱. روانشناسی زن، جینا لمبروز و ترجمه پری حسام، ج ۲، چاپ دوم، ۱۳۶۰، ص ۱۲.
۲. روان شناسی تفاوتهای فردی، دکتر حمزه گنجی، انتشارات بعثت چاپ چهارم سال ۱۳۷۳، ص ۲۰۹.
۳. روان شناسی عمومی، تألیف: اسپنسر ا. راتوس، ترجمه: دکتر حمزه گنجی، چاپ اول، سال ۱۳۵۷، ج دوم، ص ۱۳۸.

ضرورت و مصلحت و در این باب به گفته حضرت علی(ع) استناد می کند که به فرزندش امام حسن(ع) فرمود اگر بتوانی به گونه‌ای عمل کنی که همسرانت جز خودت کسی را نشناسند، این کار را انجام بده، و آنگاه می گوید چون والی و قاضی ناگزیر باید در مجالس و محافل مردان حاضر شوند و باآنها هم سخن شده و گاه در مقام محاجه بر آیند، پس شایسته نیست که زن این مناصب را عهده‌دار گردد». [1]

در رابطه با این نوع از استدلال نیز باید گفت ضمن پذیرش این نکته که زن به هر حال می تواند در معرض خطر و فریب خوردن و ایجاد مفسده واقع شود و باید حجاب و پوشیدگی خود را حفظ کند ولی حداقل این است که اگر قرار باشد به این توصیه عمل گردد، تنها نباید زنان را از قضاوت و ولایت منع کرد، بلکه باید آنان را از احراز بسیاری از مشاغل و مناصب ممنوع نمود و جامعه‌ای نظیر آنچه برحسب گزارشها، حکومت طالبان در افغانستان برقرار کرده ایجاد نمود، چون به هر حال لازمه داشتن مشاغل اجتماعی، بیرون آمدن از خانه وخواهی نخواهی کم و بیش حشر و نشر داشتن با مردان است و بنابراین باید اشتغال به همه این مشاغل برای زن ممنوع باشد درحالی که هیچکس به چنین امری مخصوصاً در این عصر تن در نمی‌دهد و علماء و فقهاء نیز آن را حرام نشمرده‌اند، اگر ملاك و حکمت منع قضاوت زن، لزوم در خانه ماندن و مستور نگهداشتن وعدم اختلاط با مردان باشد فرق چندانی بین قضاوت و سایر مشاغل اجتماعی نیست. به‌علاوه طبق نظر رایج فقهی قضاوت زن حتی برای زنان هم ممنوع است واصولاً زن اجازه صدور حکم را ندارد درحالی که در این فرض ممکن است اختلاطی هم با مردان صورت نگیرد.

به هر حال به نظر نمی‌رسد که این وجه و حکمت و فلسفه‌ای که برای ممنوعیت زنان از قضاوت ذکر شده بتواند دلیل و یا حتی قرینه واماره‌ای برای این حکم باشد و مستند صحیحی به شمار آید.

۳. سیره

دلیل دیگری که بر عدم جواز قضاوت زنان مورد استناد قرار می گیرد سیره مستمره

---

۱. پیشین، ص ۳۴۷.

از زمان پیامبر اکرم(ص) و ائمه معصومین(ع) و خلفاء بر ندادن سمت قضاوت به زنان می‌باشد.

ابن قدامه پس از بیان نقص و عدم اهلیت و صلاحیت زن برای منصب ولایت و قضاوت می گوید به همین جهت نه پیامبر اکرم(ص) و نه هیچیك از خلفاء بعد از او به زنی منصب قضاوت و یاحکمرانی ندادند و اگر این امر جایز بود می‌بایست در یك مورد چنین کاری انجام می‌شد.[1]

آقای علامه حسینی تهرانی نیز در بحث و استدلال مفصلی که درخصوص عدم جواز قضاوت زنان نموده از جمله می گوید: «تردیدی در تحقق سیره در این مورد نیست بدین معنا که مسلمین از فقهاء و علماء و حکام از شیعه و سنی از زمان پیامبر اکرم(ص) تا زمان حاضر به این امر التزام داشتند که زن را به امارت و قضاوت بر نگزینند و این امتناع، اتفاقی نبوده، بلکه به خاطر استناد به سنت رسول اکرم(ص) بوده است. وی می گوید با اینکه خلفایی چون بنی امیه و بنی العباس بیش از پانصد سال حکومت کردند و با اینکه در دوران آنها زنان عالمه و ادیب و حتی مجتهد نیز یافت می‌شد ولی به هیچ زنی منصب ولایت و قضاوت ندادند و این نبود جز اینکه این امر از مسلمات شرعی محسوب می‌شد و آنها نمی توانستند خلاف این امر مسلم عمل نمایند».[2]

با توجه به مطالب سابق الذکر درخصوص روایات وارده در این باب و با عنایت به نوع نگرشی که به زن در جوامع سابق مخصوصاً در میان اعراب وجود داشت و معمول نبودن ورود زنان به مناصب و مشاغل اجتماعی، بعید است که صرف این امر عدمی و عدم انتصاب زنان، مبنای مسلم شرعی داشته و بتواند امروزه که از هر حیث در این زمینه تحول رخ داده است و دیدگاهها تغییر کرده مورد استناد قرار گیرد. این تحولات و تغییر نگرشها به گونه‌ای است که حتی دولت عربستان سعودی نیز اخیراً درخصوص شرکت زنان در مسائل کشوری موضع جدیدی گرفته و به گزارش خبرگزاری آسوشیتدپرس از ریاض،

---

۱. مغنی، ابن قدامه، پیشین، ص ۴۰.

۲. علامه سید محمد حسین حسینی تهرانی: رسالة بدیعة فی تفسیر آیة: الرجال قوامون علی النساء تکثیر شده به صورت خطی ص ۷۵ و نیز ر.ك: ولایة‌الفقیه، آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۳۳۸ و فقه‌القضاء، موسوی اردبیلی، ص ۸۲.

شیخ محمدبن جبیر رئیس مجلس الشورای عربستان گفت هیچ مانعی بر سر راه شرکت زنان در جلسات شورای مشورتی عربستان وجود ندارد و این شورا می تواند از نظرات زنان درباره مسائل مربوط به خود آنها یا حتی مسائلی که مستقیماً مربوط به آنها نیست بهره گیری نماید.[1]

۴. اصل عدم جواز قضاوت زن یا اصل عدم مأذون بودن او

شاید بتوان گفت مهمترین دلیلی که برای ممنوعیت زنان از قضاوت در نوشته‌های بسیاری از فقیهان آمده و به عنوان دلیل محکم از آن یاد شده، اصل عدم است یعنی گفته می‌شود قضاوت یکی از مناصب ولایی والهی است و کسی می تواند این منصب را عهده‌دار شود که به نحوی از سوی مقام ولایت و امامت مأذون در این امر باشد. در رویه عملی پیامبر اکرم(ص) و امامان(ع) مواردی دیده شده که به مردان حکم و اجازه قضاوت داده‌اند و یا در تعبیرات عامی که برای تصدی قضاوت از سوی افراد صالح و شایسته به کار برده‌اند از لفظ مرد (رجل یا رجال) استفاده کرده‌اند و نامی از زن به میان نیامده است و این امر حداقل این شك را ایجاد می کند که به زنان اجازه قضاوت داده نشده است و در مقام شك باید اصل عدم را اجرا کرد.

از فقیهان معاصر آقای موسوی اردبیلی پس از نقل ادله نقلی وعقلی در مورد ممنوعیت زن از قضاوت سرانجام می گوید: «همه این دلایل جای خدشه و بحث و نظر دارند جزمسأله اقتضای اصل که نمی‌توان با آن کاری کرد و چون دلیل عام و مطلق درجواز قضاوت که شامل زنان و مردان بشود وجود ندارد ناگزیر باید به اصول عملیه مراجعه کرد و پیداست که مقتضای اصل در اینجا اصل عدم است»[2] چنانکه دیدیم صاحب جواهر نیز پس از ذکر اجماع و روایات در مورد عدم جواز قضاوت زن می گوید: «به‌هرحال با ملاحظه نصوص مربوط به نصب قاضی و جواز قضاوت برای افراد ملاحظه می‌شود طرف خطاب زنان نیستند و در بعضی روایات به کلمه مرد

---

۱. به نقل از خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۷۸/۷/۱۲.

۲. فقه‌القضاء، موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۳.

(رجل) تصریح شده و حداقل در مورد جواز قضاوت زن شك وجود دارد و تردیدی نیست که در مورد شك باید اصل عدم را اجرا کرد».[1]

عموماً وقتی فقهاء بحث قضاوت و شرایط آن را شروع می کنند می گویند قضاوت ولایت شرعی است که از سوی امام به شخصی داده می‌شود و یا مأذون و مجاز می گردد که در بین مردم به حل و فصل دعاوی و رفع خصومت بپردازد و حکم کند و حکمش متبع و لازم‌الاجرا باشد. بنابراین کسی می تواند چنین اختیاری را دارا باشد که یا مستقیماً و شخصاً از سوی پیامبر اکرم(ص) و یا امام(ع) مأذون بوده و درواقع حکم گرفته باشد یا مشمول تعبیرات عام و مطلق در مورد اذن قضاوت وحکم کردن بین مردم که در روایات آمده واقع گردد، از جمله روایت منقوله از امام صادق(ع) که فرمود: مبادا به اهل جور برای قضاوت مراجعه کنید بلکه مردی را از بین خود که عالم به احکام ماست پیدا کنید و او را قاضی خود قرار دهید که من او را قاضی قرار دادم پس دعاوی خود را نزد او مطرح کنید «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور، ولکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قدجعلة قاضیا فتحاکموا الیه».[2]

در این روایت لفظ رجل به کار رفته و تصریح شده که مردی را به قضاوت برگزینید. به هر صورت قطع نظر از اینکه در مورد به کار بردن کلمه رجل در این روایت واحیاناً روایاتی نظیر آن، عنایت به مفهوم حقیقی آن یعنی مرد و نه زن بوده است یا اینکه از باب تغلیب از کلمه رجل استفاده شده و هدف اصلی نهی از مراجعه به قضات جور و رجوع به افراد صالح وعالم به احکام اهل بیت(ع) بوده، مسأله مهم این است که سمت قضاوت نیاز به نصب واذن از سوی امام دارد. این اذن برای مردان ثابت شده ولی شمول آن به زنان حداقل مشکوك است ومسلم نیست بنابراین به مقتضای اصل عدم، باید به مأذون نبودن زنان و عدم جواز قضاوت آنان حکم داد. آقای منتظری پس از بیان آیات و روایات و دلایل مختلف عقلی برعدم جواز قضاوت و ولایت زن می گوید: «اجمالاً از این دلایل فهمیده می‌شود که ولایت و شعب آن از

---

۱. جواهرالکلام، پیشین، ص ۱۴: «...و فی زمن الغیبة المدار علی ما وصل الینا عنهم (ع) من عبارة النصب و مع فرض الشك فلاریب فی ان الاصل العدم».

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، پیشین، ص ۴، باب ۹ از ابواب صفات قاضی حدیث ۵.

جمله قضاوت با طبع زن و تکلیفی که در مستور نگهداشتن خود دارد متناسب نیست علاوه‌بر آنکه صرف شك كافی است که به عدم جواز حکم دهیم زیرا اصل، عدم ولایت است (قضاوت هم شعبه‌ای از ولایت می‌باشد) وعموم و اطلاقی که زن را مشمول جواز قضاوت نماید نداریم». [۱]

آقای علامه حسینی تهرانی نیز پس از تمهید مقدمات در بیان اهمیت قضاوت و اینکه شعبه‌ای از ولایت است و باید با حکم و اذن امام(ع) باشد سرانجام می گوید: به‌هرحال اگر شك داشتیم که مرد بودن شرط قضاوت است یا خیر؟ بر فرض اینکه دلایل اجتهادی کافی برای آن نداشته باشیم، اصل اقتضاء می کند مرد بودن را شرط بدانیم، «و علهذا اذا شككنا فی شرطیةالذکورة فی‌القضاء والولایة و الافتاء علی فرض عدم قیام دلیل اجتهادی، فالاصل یقتضی الذکورة لانه یقتضی عدمها فیترتب علیه حرمة تصدی الامور الولائیة للمراة بتا». [۲]

ارزیابی اصل عدم

می‌توان گفت مهمترین و بی‌دردسرترین دلیلی که فقهاء با خیال راحت به آن پناه برده و به عدم جواز قضاوت زنان فتوا داده‌اند همین اصل عدم است، زیرا در مورد دلالت آیات و صحت صدور و دلالت روایات منقوله و اجماع و توجیهات عقلی از قبیل لزوم پوشیدگی زن و عدم خروج از خانه و حاضر نشدن در مجالس ومحافل مردان و اختلاط با آنها و نقصان عقل وغلبه احساسات چنانکه دیدیم خدشه‌هایی وارد بود و متکای محکم برای صدور فتوای عدم جواز نبود ولی اصل عدم، به عنوان آخرین دژ و پناهگاه مستحکم که تزلزلی در آن راه نخواهد یافت، مورد استناد اکثر فقیهان حتی آنها که دلایل عقلی ونقلی دیگر را متزلزل می‌دیدند، قرار گرفته است. زیرا براحتی می‌توان گفت در مشروعیت قضاوت زنان تردید وجود دارد و چون نصی که صراحتاً این امر را اجازه دهد موجود نیست و مجموعه رویه‌ها و سیره‌های گذشته و برخی روایات و منقولات نیز حاکی از عدم صلاحیت زنان

---

۱. ولایةالفقیه، آیت‌الله منتظری، پیشین، ص ۶۱ـ۳۶۰.

۲. رسالة بدیعة...، حسینی تهرانی، پیشین، ص ۱۱۸.

برای قضاوت است با خیال راحت می توان اصل عدم را اجرا کرد و به عدم جواز فتوا داد.

آیا واقعاً اصل عدم، این قدر کارگشاست و بدون هیچ دغدغه‌ای می توان بر آن تکیه کرد و به استناد آن فتوا داد یا در مورد استناد به این اصل هم می تواند بحث و ایراد باشد.

حداقل این است که برخی از فقیهان معاصر صاحب فتوا و رساله بدون توجه به این اصل مستحکم، و با خدشه در ادله عقلی و نقلی دیگر، حکم به جواز قضاوت زنان داده‌اند و جالب این است که زنان را نیز مشمول نصب عام و یا اذن عام مندرج در روایات وارده از ائمه(ع) مربوط به مراجعه به علماء و فقهاء دانسته‌اند و برخلاف آنها که می گویند، در مورد ولایت و قضاوت نه به طور خاص و نه به صورت عام، به زنان اذنی داده نشده است معتقدند روایاتی چون: «الفقهاء امناء الرسل» یا: «العلماء ورثه الانبیاء» و «یا الفقهاء حصون الاسلام» عام است و اختصاص به مردان ندارد.[1] و بنابراین اذن عامی که در روایاتی مثل مقبوله عمربن حنظله[2] و امثال آن آمده است که به کسانی که احکام ما را می‌دانند رجوع کنید و آنها را قاضی خود قرار دهید زن و مرد را شامل می‌شود پس اذن عام در مورد زنان نیز وجود دارد و اصل عدم شکسته می‌شود. اینان معتقدند حتی تعبیری که در بعضی از روایات به مرد (رجل) شده است حقیقتاً منظور جنسیت فرد نیست بلکه منظور بیان صلاحیت‌های او و عدم وابستگی به دستگاه حاکمه جور هست و همان‌طور که قبلاً از آقای منتظری نیز نقل شد ذکر کلمه (رجل) از باب تغلیب می‌باشد.

علاوه‌بر این ممکن است گفته شود این همه که بر لزوم نصب خاص یا عام برای

---

۱. ر.ک: به عنوان نمونه: اظهارات آیت‌الله صانعی در میزگرد جنسیت و احکام مجازات در اسلام از فصلنامه متین، شماره ۲، ص ۲۰: ایشان با اعلام نظر خود مبنی بر اینکه زن می تواند، قاضی، مجتهد و ولی فقیه بشود و مرد بودن برای احراز این مناصب شرط نیست اشاره می کند به روایت: «الفقهاء امناء الرسل». و می گوید: «...فقیه باید امین‌الرسل باشد جنسیت اینجا مطرح نیست»، «ان العلماء ورثةالانبیاء» علما وارث انبیاء هستند این حدیث فقط در مورد علمای مرد نیست و جنسیت در آن لحاظ نشده است.

۲. مقبوله عمربن حنظله روایت معروفی است که در مورد قضاوت و عدم مراجعه به دستگاه طاغوت و قاضی قرار دادن افراد عالم به حدیث اهل بیت و احکام حلال و حرام وارد شده و قسمتی از آن که به صورت عام بیان گردیده و می تواند مرد و زن را دربرگیرد چنین است: «...انظروا الی من کان منکم قدروی حدیثنا و نظر فی حلالنا وحرامنا و عرف احکامنا فارضوا به حکما فانی قدجعلته علیکم حاکما...» تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج ۶، ص ۳۱۸.

احراز منصب قضاوت در نوشته‌های فقهاء تأکید شده و نسبت به شمول آن بر زنان تردید صورت گرفته و همه محصول نوع تفکر و طرز تلقی عده‌ای از فقیهان است، معلوم نیست تا چه حد دقیق و صحیح باشد، در نصوص قرآنی و روایی که به این امر تصریح نشده است آنچه در نصوص قرآنی و روایات متعدده وارده در باب قضاوت دیده می‌شود، عمدتاً توصیه به اجرای عدالت و بیطرفی و عهده‌دار شدن این سمت از سوی افراد عالم و عادل و دقیق و تیزبین و دارای سعه صدر می‌باشد و معمولاً سخنی از مرد یا زن بودن به میان نیامده و از لزوم اذن داشتن و منصوب بودن نیز ذکری نرفته است.

طبیعی است در دوران پیامبر (ص) و امام(ع) به لحاظ اینکه حکومت در دست آنها بود کسی می‌توانست قضاوت کند که از سوی پیامبر (ص) و امام(ع) مأذون و منصوب باشد و به‌اصطلاح امروز حکم و ابلاغ داشته باشد.

در دوره غیبت امام(ع)، معیارها و ملاکهای لازم برای قاضی شدن و قضاوت در روایات مربوطه و نیز در برخی از آیات قرآن تعیین شده است و هر کس دارای این ملاکها باشد علی‌الاصول می‌تواند قاضی بشود، طبیعی است که در حکومت مشروع و معتبر هر کس بخواهد قضاوت کند، باید از سوی حکومت دارای ابلاغ وحکم باشد و حکومت می‌تواند براساس قوانین و مقررات مربوطه ابلاغ قضاوت به مرد یا زن جامع شرایط قضاوت بدهد. بنابراین مسأله نصب و اذن بدان صورت که در برخی نوشته‌های فقیهان است اصولاً مطرح نیست تا نسبت به تحقق آن در زن تردید کنیم واصل عدم را اجرا نماییم، بلکه هر زنی هم که دارای صفات و شرایط عمومی مربوط به قضاوت باشد، می‌تواند از سوی حکومت، ابلاغ قضاوت دریافت نماید و در قالب مقررات و قوانین موضوعه رسیدگی نموده وحکم صادر کند. گذشته از این چنانکه می‌دانیم در نظام قضایی ما، قاضی باید در حدی از معلومات حقوقی برخوردار باشد که ملاك آن را قانون لیسانس در زمینه حقوق قضایی و مبانی فقهی و یا حد معینی از دروس فقه واصول حوزوی دانسته است به اضافه صلاحیت‌های اخلاقی و شخصیتی. آموختن این مقدار از معلومات حقوقی و فقهی امروزه برای زنان نیز همانند مردان امری طبیعی است. و دختران فارغ‌التحصیل از دانشکده‌های حقوق و حوزه‌های علمیه همانند مردان توان فهم مقررات و استنباط مسائل و کشف موضوعات را دارند و

جالب این است که امروزه عملاً ورود آنها به جامعه و فعالیت‌های اجتماعی و اشتغالاتی چون وکالت دادگستری و مشاور قضایی و قاضی تحقیق که لازمه آنها اختلاط و محاجه با مردان می‌باشد مجاز و آزاد شناخته شده است یعنی محذوراتی چون لزوم مستور بودن و مواجه نشدن با مردان و عدم شرکت در مجالس و محافل مردان و صحبت و محاجه با آنها که برای توجیه ممنوعیت قضاوت زنان به کار می‌رفت مباح و مجاز شناخته شده وزنان در پست‌های مختلف کارمندی و مدیریتی و نمایندگی مجلس و وکالت دادگستری و بسیاری از رده‌های مشاغل دفاعی با اسلحه مانند (بسیج) مشغول به کار هستند و ممنوعیت شرعی این اعمال از سوی فقهاء اعلام نشده است با این وضع ممنوعیت انشاء رأی و صدور حکم بر طبق موازین قانونی و در چارچوب ضوابط قانونی برای زنانی که صلاحیت علمی در حد مردان دارند و از صلاحیت اخلاقی نیز برخوردارند چه توجیهی می‌تواند داشته باشد؟

تحلیل نهایی و نتیجه‌گیری

حقیقت این است که استبعاد صلاحیت زنان برای قضاوت و اصدار حکم از سوی فقیهان بیش از آنکه مبتنی بر دلایل و توجیهات محکم نقلی وعقلی باشد، مولود نوع نگرش و ذهنیتهایی است که در سابق نسبت به زن وجود داشته و قابلیت‌های اجتماعی او یا به لحاظ غلبه تفکر مبتنی بر ناقص‌العقل بودن او یا به جهت این نوع نگرش است که عمده خاصیت زن دفع نیاز جنسی مرد و فراهم کردن آرامش و سکون اوست و لذا مهمترین تکلیف و وظیفه‌ای که در خانواده به دوش او گذاشته شده، نه انجام کارهای خانه وحتی پرورش فرزند بلکه تمکین و آماده بودن برای رفع حوایج مرد به شمار آمده است[1] و با این دید باز شدن پای

---

۱. برای ملاحظه این دیدگاه مخصوصاً ر.ك: کتابهای فقهی در مبحث مربوط به نفقه زوجه و تمکین زن از مرد ونشوز زوجه که زن باید در همه حال آماده بر آوردن نیاز جنسی مرد باشد وهر گونه تعلل و کوتاهی و بدخلقی و بی توجهی زن نسبت به فراهم کردن انواع استمتاع مرد از وی، نشوز شمرده شده و علاوه‌بر عدم استحقاق نفقه مستحق کتك خوردن (البته با ملایمت) از سوی شوهر نیز می‌باشد و به ویژه بنگرید تعبیر صاحب جواهر در مورد نفقه دادن به زن که می‌گوید نفقه‌ای که مرد به زن می‌دهد در عوض استمتاعی است که از او می‌برد، همان‌گونه که در روایات وارد شده که

←

او به جامعه و انجام کارهای اجتماعی همواره خطر فریب خوردن و فریب دادن مردان و ایجاد محیط غیر اخلاقی را دربی دارد و لذا باید حتی الامکان او را در محیط بسته و دور از انتظار نگه داشت و با این دید است که در ابتدا با هر نوع تحول و دگرگونی در مورد وضع موجود زن مخالفت و مقاومت می‌شده و پس از مدتی موضوع عادی و قابل قبول می گشته است، چنانکه می‌دانیم در ابتدای تشکیل مدارس دخترانه و ورود دختران به مدارس بر این امر مخالفت می‌شد و این کار عملی مذموم به حساب می آمد و یا ورود زنان به صحنه انتخابات و رأی دادن و کاندیدا شدن قانوناً ممنوع بود و هنگامی که در سال ۱۳۴۳ این ممنوعیت قانونی برداشته شد مقاومتها و مخالفت‌های زیادی را برانگیخت ولی پس ازمدتها وضع به گونه‌ای درآمد که حتی با پیروزی انقلاب اسلامی، زنان حق انتخاب شدن برای مجلس شورا وحتی مجلس خبرگان قانون اساسی را پیدا کردند. با اینکه حضور در مجلس قانونگذاری و داشتن حق رأی مساوی با مردان در تصویب قوانین و دادن رأی اعتماد به دولت یا استیضاح و ساقط کردن دولت، دارای اهمیت بیشتر و سرنوشت‌سازتر از رسیدگی پرونده ساده حقوقی یا کیفری در دادگاه و اتخاذ تصمیم بر مبنای قوانین مصوب همان مجلس می‌باشد و معقول نیست که نمایندگی زن و عضویتش در مجلس شورای اسلامی باهمه تبعاتی که از حیث اعمال شعبه‌ای از ولایت یعنی قانونگذاری و تصمیم گیری در امور مهمه جامعه، ساقط کردن دولت و اختلاط و بحث و محاجه با مردان دارد مجاز ولی قاضی بودن و رای دادنش در یك محکمه حتی کوچك و کم اهمیت به خاطر همان نوع توجیهات ممنوع باشد.

به نظر می‌رسد اگر فقیهان روشن‌بین همه سونگر، ابعاد مختلف قضیه را مورد توجه قرار دهند وتحولات و واقعیت‌های موجود جامعه را بخوبی درنظر بگیرند در

→

شخص درعوض استفاده‌ای که از پشت حیوان می‌برد و از او سواری می گیرد یا بارکشی می کند باید نفقه او را بدهد. عبارت صاحب جواهر چنین است: «... بل ربما یشم من قوله تعالی: الرجال قوامون علی النساء ما یشبه معاوضةالاستمتاع بالانفاق علی نحو ما ورد من الانفاق علی الدابة عوض ما یستوفیه من منافع ظهرها...» جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۰۶.

فتوای سنتی خود بر ممنوعیت قضاوت و حکم دادن زنان تجدیدنظر نمایند البته همانطور که قبلاً هم متذکر شدیم تردیدی نیست که ساختار جسمی و روحی زن و حفظ کیان خانواده اقتضاء می‌کند که زن بیشتر به امور خانه و خانواده و مشاغل اجتماعی سبک‌تر و ظریف‌تر بپردازد و از درگیر شدن در کارهای سخت و سنگین مادی و فکری که از جمله آنها قضاوت است پرهیز نماید و برنامه‌ریزی‌ها باید به گونه‌ای باشد که زنان به این طریق سوق داده شوند ولی این امر نباید بدین معنا باشد که با توجیهاتی چون لطافت جسم و ظرافت روح و یا نقصان عقل و غلبه احساسات وعدم اختلاط با مردان و لزوم نصب و اصل عدم، قضاوت زنان که حداقل در برخی موارد آن مانند محاکم خانواده و یا برای زنان مفیدتر هم هست ممنوع و غیرمجاز اعلام گردد.*

* این مقاله در شماره ۲۵ـ۲۶ مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (بهار ـ تابستان ۷۸) منتشر شده است.

نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعیِ
باروری مصنوعی

مقدمه

دستگاه خلقت انسان بسیار پیچیده و شگفت‌انگیز و پررمز است و راز و داستان آفرینش انسان نیز حاوی شگفتی‌ها و اسرار زیادی است. به روایت کتب آسمانی و بخصوص قرآن کریم، خمیرمایه اصلی خلقت آدم اولیه از خاك است که خداوند به آن روح و حیات بخشیده است. «اذ قال ربك للملائکة انّی خالق بشرا من طین، فاذا سویته و نفخت فیه من روحی فقعوا له ساجدین» (سوره ص/ ۷۱ و ۷۲) از همان آغاز انسان از دو جنس نر و ماده و مذکر و مؤنث آفریده شده است یا در پی خلقت جنس مذکر، جنس مؤنث نیز آفریده شده؛ این مرد و زن منشأ نسل انسانی هستند و افراد بشری از این جفت انسانی آفریده شده‌اند: «یا ایّها الناس اتّقوا ربکم الذی خلقکم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بث منهما رجالا کثیرا و نساء...» (نساء/۱)

به هر کیفیتی آفرینش انسان اولیه و جفت او صورت گرفته باشد، به هر حال خلقت انسانهای بعدی از ترکیب دو سلول جنسی موجود در بدن زن و مرد پدید می‌آیند، سلّولی که در بدن مرد است به نام اسپرم و سلّولی که در بدن زن است اوول (ovul) یا تخمك نام دارد. ترکیب اسپرم و تخمك، موجود جدیدی را به بار می‌آورد که با قرار گرفتن در رحم زن و گذراندن دوران حمل، مراحل رشد را طی می‌کند و پس از سپری کردن حالات و اشکال مختلف سرانجام به صورت انسانی کامل از جنس مرد یا زن در می‌آید و پا به عرصه این عالم می‌گذارد. پس کودك انسان از ترکیب دو جزء و دو سلّول متعلق به مرد و زن به وجود می‌آید

که هر کدام نباشد طبعاً موجود انسانی هم پدید نخواهد آمد، البته زن این نقش را هم دارد که علاوه بر دادن تخمك و جزئی از ماده اولیه تشکیل جنین، آن را در درون خود جای می دهد و از شیره جان خویش می‌پرورد. اشارات قرآن در این زمینه زیاد است از جمله: «انّا خلقنا الانسان من نطفة امشاج نبتلیه فجعلناه سمیعا بصیرا» (دهر/۲) که خلقت انسان را از نطفه مخلوط بیان می کند. یا: «یا ایها الناس انا خلقناکم من ذکر و انثی» (حجرات/۱۳) یا: «الم نخلقکم من ماء مهین، فجعلناه فی قرار مکین» (مرسلات/ ۲۰، ۲۱). طبیعتاً موجودی که بدین ترتیب تکامل می یابد، رشد یافته و شکوفا شده موجودات ریزی است که از مرد و زن رها می‌شوند و درهم می آمیزند و همین امر، تعلق و وابستگی خاصی را بین کودك و دو منشأ پیدایش آن به‌وجود می آورد که علاوه بر آثار طبیعی و ژنتیکی، آثار اجتماعی را نیز در پی دارد.

به تعبیر قرآن، خداوند زن و مرد را برای یکدیگر آفرید که مایه سکون و آرامش هم باشند و بین آنها مودت و رحمت قرار داد: «و من آیاته ان خلق لکم من انفسکم ازواجا لتسکنوا الیها و جعل بینکم مودة و رحمة ان فی ذالك لآیات لقوم یتفکرون» (روم/ ۲۱). بسیار طبیعی است موجودی که از شیره جسم و جان این دو به‌وجود می آید و نشو و نما می کند، بر مودت و صفا و صمیمیت و سکون و آرامش آنها بیفزاید و در نتیجه زوجین علاقه وافری به داشتن چنین محصولی داشته باشند ولی همه انسانها و همه زوجها از این نعمت برخوردار نیستند و استثنائاً مردانی پیدا می‌شوند که یا فاقد اسپرم‌اند و یا اسپرم آنها توان و یا خاصیت ترکیب با تخمك زن را ندارد و یا زنانی وجوددارند که یا تخمك ندارند یا قابلیت و توان پذیرش اسپرم را ندارند و یا رحم آنها توان نگاهداری و پرورش جنین را ندارد یا اصلاً رحم ندارند، و در عین حال علاقمندند بچه‌ای را که به نحوی منتسب به خودشان باشد داشته باشند. این وضع از دیرزمان وجود داشته و انسان برای پیدا کردن راه‌حل برای این مشکل، به دعا و درخواست از خداوند و وسائل و روشهایی که به فکر خودش می‌رسیده متوسل می‌شده است. قرآن کریم خود از سویی به وضع استثنایی بعضی از زنان و مردان و عقیم بودن آنها اشاره کرده و از سوی دیگر درخواست و التماس برخی نازایان را منعکس نموده و بارور و باردار کردن آنها را به قدرت خداوند بیان نموده است. در سوره شوری آیات ۴۹ و ۵۰ می فرماید: «لله ملك السموات و الارض یخلق ما یشاء یهب لمن یشاء

الذکور، او یزوجهم ذکرانا و اناثا و یجعل من یشاء عقیما، انه علیم قدیر». قرآن داستان دو تن از پیامبران را که به لحاظ عقیم بودن همسرشان فاقد فرزند بودند و با رسیدن به سن پیری و کهولت حسرت داشتن فرزند بر دل داشتند و نزد خدا تضرّع می کردند که دارای فرزند شوند نقل می کند و بیان می کند که خداوند به آنها فرزند داد و آنان در عین خوشحالی از لطف و باور به قدرت خداوندی شگفتی خود را از اینکه چگونه در سن کهولت که قاعدتاً توان سازندگی اسپرم آنها بسیار ضعیف است و با عقیم بودن زن می توانند صاحب فرزند شوند، پنهان نداشتند. بنگرید آیات ۲ تا ۹ سوره مریم و مذاکره زکریا و خداوند را: «... ذکر رحمت ربك عبده زکریا، اذنادی ربه نداء خفیا، قال رب انّی وهن العظم منّی و اشتعل الرأس شیبا ولم اکن بدعائك رب شقیا و انی خفت الموالی من ورائی و کانت امراتی عاقرا فهب لی من لدنك ولیا یرثنی و یرث من آل یعقوب و اجعله رب رضیا. یا زکریا انا نبشرك بغلام اسمه یحیی لم نجعل له من قبل سمیا. قال رب انی یکون لی غلام و کانت امرأتی عاقرا و قد بلغت من الکبر عتیا، قال کذلك قال ربك هو علی هین و قد خلقتك من قبل ولم تك شیئا».

نظیر چنین وضع در مورد ابراهیم و همسرش وجود دارد که هر دو از مژده فرزنددار شدن با وجود پیری و عقیم بودن که به طور طبیعی مانع بچه‌دار شدن است، ابراز شگفتی کرده‌اند. قرآن داستان فرستادگان خود را به سوی ابراهیم که مژده فرزنددار شدن را به او دادند و مأمور انزال عذاب بر قوم لوط بودند در جاهای مختلف از جمله سوره هود و سوره الذاریات نقل می کند و شگفتی آنها را بیان می نماید: «و امرأته قائمة فضحکت فبشّرناها باسحق و من وراء اسحق یعقوب. قالت یا ویلتیٰ الدوانا عجوز و هذا بعلی شیخا ان هذا لشی عجیب. قالوا اتعجبین من امر الله رحمت الله و برکاته علیکم اهل البیت انه حمید مجید.» (هود/ ۷۲، ۷۳). «فاقبلت امرأته فی صرة فصکت وجهها و قالت عجوز عقیم. قالوا کذلك قال ربك انه هو الحکیم العلیم.» (الذاریات/ ۲۹، ۳۰). قرآن کریم، قدرت نمایی خداوند را در انعقاد جنین در رحم زن و پرورش و پدیدآمدن طفل بدون تماس زن و مرد در مورد حضرت مریم و تولد حضرت عیسی از او بیان کرده است. فرشته‌ای (روح القدس، روح خدا) به صورت انسانی در مقابل مریم عذرا ظاهر می‌شود و به او می گوید: از جانب خداوند مأمورم به تو فرزندی پاکیزه عطاء نمایم و مریم با شگفتی می گوید چگونه من دارای فرزند می شوم

درحالی که با انسانی تماس نداشتم و فرشته می گوید: این خواست خدا است انجام این امر بر او آسان است و به هرحال مریم حمل بر می دارد و عیسی را به دنیا می آورد: «واذکر فی الکتاب مریم اذ انتبذت من اهلها مکانا شرقیا؛ فاتخذت من دونهم حجابا فارسلنا الیها روحنا فتمثل لها بشرا سویا. قالت انی اعوذ بالرحمن منك ان کنت تقیا، قال انما رسول ربك لاهب لك غلاما زکیا. قالت انی یکون لی غلام و لم یمسسنی بشر و لم اك بغیا. قال کذلك قال ربك هو علی هیّن و لنجعله آیة للناس و رحمة منا و کان امرا مقضیا. فحملته فانتبذت به مکانا قصیا...» (مریم/ آیات ۱۶ به بعد).

چه حکمتی در ظاهر شدن فرشته به صورت انسان در برابر حضرت مریم وجود داشته و چگونه با اظهار اینکه از جانب خداوند مأمورم به تو بچه‌ای بدهم، جنین انسانی در رحم مریم شکل گرفته و مکانیسم دادن بچه از سوی فرشته به مریم «لاهب لك غلاما زکیا» چه بوده است از رازهای نامکشوف داستان آفرینش است که باید امکان آن را از قدرت خدای قادر دانست ولی آنچه مسلم است قرآن نمونه‌هایی از امکان باروری زن و مرد عقیم و ناتوان و نیز باردار شدن زن بدون تماس با مرد را بیان کرده است.

به هرحال، خداوندی که چنین قدرت نمایی مستقیمی را خود انجام داده با دادن موهبت عقل و هوش و ابتکار و اندیشه و بهره گیری از تجربه و مطالعه در رموز خلقت به انسانِ آفریدهِ خود، توان بشارت فرزنددار شدن به عاجزین و فاقدینِ قدرت باروری را داده است و امروزه بشر می تواند وسیله‌ای باشد که با وسائل علمی و راه‌حلهای آزمایشگاهی مژده الهی فرزنددار شدن را به زنان و مردان بی‌شماری که زکریاوار ملتمسانه طلب فرزند می کنند، بدهد. از هنگامی که بشر توانست در طریق طبیعی ترکیب نطفه زن و مرد دستکاری کند و امکان ترکیب آنها را بدون تماس بدنی زن و مرد، میسر سازد و به اصطلاح لقاح مصنوعی و آزمایشگاهی را انجام دهد مسأله جواز یا عدم جواز این عمل از لحاظ اخلاقی و شرعی و مذهبی و نیز تبعات حقوقی و شرعی آن مورد بحث قرار گرفته و نظرات مختلفی در مورد آن ابراز شده که کماکان ادامه دارد و بعضی از شقوق آن هنوز هم حل نشده است.

در این نوشته کوتاه سعی می شود اقسام عمده روشهای باروری مصنوعی مطرح گردد و احکام آنها با توجه به نظریات فقهی و حقوقیِ ابراز شده بیان گردد و یا مسأله طرح

شود و ابعاد آن تشریح گردد تا صاحب نظران با بررسی دقیق موضوع، نظر صحیح را اعلام دارند. هدف عمده طرح این بحث بیان انواع روشهای موجود و مشروع یا غیر مشروع بودن آنها و یا امکان تدوین مقررات قانونی مبنی بر جواز آنهاست. البته تا حدودی هم به آثار و تبعات زاد و ولدهایی که در اثر اعمال این روشها به وجود آمده پرداخته خواهد شد.

در خصوص تلقیح مصنوعی و یا القاح آزمایشگاهی موضوع از دو نظر مورد بحث و توجه است: یکی از لحاظ دهنده نطفه یعنی مرد که اسپرم او گرفته می‌شود و به زنی تزریق می‌شود و حمل برمی‌دارد: در خصوص جواز این عمل و اثری که از لحاظ حقوقی بر طفل پدید آمده از آن از نظر نسب و غیره مترتب است باید بحث کرد و دیگری در مورد زن از دو جهت یکی از این حیث که تخمك او با اسپرم مردی در خارج از ترتیب طبیعی مواقعه و تماس بدنی ترکیب می‌شود و جهت دیگر از حیث پرورش جنین در رحم خود و اثری که هریك از این دو در انتساب طفل دارند. ابتدا در خصوص تلقیح مصنوعی نطفه مرد بحث می کنیم.

مبحث اول: لقاح مصنوعی نطفه مرد

تلقیح مصنوعی که امروزه بحث آن مطرح است دو گونه است، تلقیح نطفه و اسپرم مرد به همسرش که به آن A.I.H گفته می‌شود و مخفف کلمات انگلیسی (Artificial insemination with husband, semen) است و تلقیح نطفه یا اسپرم مرد اجنبی به زن است که به آن A.I.D گفته می‌شود و مخفف کلمات (Artificial Insemination with a Do-nor'semen) می‌باشد.

تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر، امروزه مشکل حقوقی و شرعی ندارد، از لحاظ نسب و آثار و تبعات متفرع بر آن مشکلی ایجاد نمی کند، بچه‌ای که بدین ترتیب پدید می آید، متعلق به زن وشوهر است و همه آثار مربوط به نسب صحیح و مشروع بر آن بار می‌شود، عمل مزبور علی الاصول فاقد جنبه کیفری و ماهیت جرم و حرمت شرعی است مگر اینکه در طریق اعمال این روش، عمل حرام و یا احیاناً جرم صورت گیرد که فقط همان عمل، جرم

یا حرام است و تأثیری در اصل صحت عمل ندارد. امام خمینی(ره) این مطلب را در **تحریرالوسیله** بدین عبارت بیان کرده‌اند:

«لااشکال فی ان تلقیح ماء الرجل بزوجته جائز و ان وجب الاحتراز عن حصول مقدمات محرمة ککون الملقح اجنبیا او التلقیح مستلزما للنظر الی مالایجوز النظر الیه، فلو فرض ان النطفه خرجت بوجه محلل و لقحها الزوج بزوجتة فحصل منها ولد، کان ولدهما، کما لو تولد بالجماع، بل لووقع التلقیح من ماء الرجل بزوجته بوجه محرم کما لو لقح الاجنبی او اخرج المنی بوجه محرم کان الولد ولدهما، و ان اثما بارتکاب الحرام.»[1]

در عین حال، برخی از فقهاء چون مرحوم آیت‌الله بروجردی و آیت‌الله میلانی این شق را نیز محل اشکال و تأمل دانسته‌اند[2] برخی از فقهاء هم معتقد بودند که صرف خلق شدن بچه از آب مرد (نطفه مرد) موجب الحاق بچه به او نمی‌شود بلکه برای اثبات نسب و الحاق طفل باید آمیزش صحیح بین زن و مرد ولو به صورت شبهه صورت گیرد، زیرا بین انسان و حیوان این فرق وجود دارد که در انسان نکاح وجود دارد و همانند حیوان نیست که صرفاً هدف آن تولید بچه از ترکیب نطفه نر و ماده باشد.[3]

ولی به هر حال، امروزه این نظر در اقلیت است و نظر غالب بر جواز تلقیح نطفه شوهر به همسر خود به کمك وسایل پزشکی و اثبات نسب بین بچه و زوجین می‌باشد. اما تلقیح نطفه غیر شوهر به زن، بحثهای فراوانی را در پی دارد و نظریات مختلف و گوناگونی تاکنون در این زمینه ابراز شده است، مسأله از چند جهت حائز اهمیت و قابل بحث است.

۱ـ جنبه کیفری و جرم بودن عمل

آیا این عمل جرم محسوب می‌شود و حرام است یا خیر؟ جرم بودن عمل نیز از دو

---

۱. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۱.

۲. به نقل از کتاب مطالعه تطبیقی نسب، ص ۳۶۷.

۳. ر.ك: عبارت صاحب جواهر را در این خصوص: «...ضرورة کون الثابت فیه (لحوق الولد) الوطئی الصحیح و لو شبهة... و لیس مطلق التولد من الماء موجبا للنسب شرعا، ضرورة عدم کون العنوان فیه الخلق من مائه و الصدق اللغوی بعد معلومیة الفرق بین الانسان و غیره من الحیوان بمشروعیه النکاح فیه دونه بل المراد منه تحقق النسب...» جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۳۹۸.

دید قابل توجه است: الف ـ زنا محسوب شدن عمل، ب ـ حرمت و جرم بودن آن به خاطر مصالح اجتماعی (غیر اخلاقی بودن عمل).

آیا تلقیح اسپرم مرد در رحم زن بیگانه زنا محسوب می‌شود و از این نظر جرم است یا عنوان زنا بر آن صدق پیدا نمی کند؟ در حقوق خارجی نیز این مسأله که عنوان Adultery بر این عمل صادق است یا نه مطرح است؟

برخی دادگاهها حکم زنا را بر این عمل بار کرده‌اند. در سال ۱۹۲۱ یك دادگاه کانادایی عمل .A.I.D را زنا محسوب کرد. همین نظر را در سال ۱۹۲۴ راسل تقویت و تأیید کرد با این استدلال که ماهیت زنا در واقع آبستن کردن خارج از نکاح است (Fecondation ab extra).

نظر مزبور با نظر فقیهانی که هدف از مشروعیت حد و مجازات برای زنا مخصوصاً حد رجم برای زنای محصنه را حفظ نسب می‌دانند مثل مفید و سلار به نقل شهید ثانی در شرح لمعه نزدیك است. به اعتقاد دو فقیه مزبور اگر زن شوهردار اصرار و مداومت بر زناداشته باشد بر شوهر خود حرام است. زیرا با این کار بزرگترین فایده نکاح که عبارت است از تناسل از بین می‌رود زیرا نسب مخلوط می‌شود و هدف از تشریع حکم حد و رجم برای زناکار حفظ نسب از اختلاط است. «والغرض من شرعية الحد و الرجم للزانی حفظه عن ذلك».[۱]

ولی بعضی‌ها با این نظر مخالف بودند، در سال ۱۹۵۸ یك دادگاه اسکاتلندی رأی داد که زنا (Adultery) فقط با تماس بدنی (conyunctio corporum) مصداق پیدا می کند و A.I.D زنا محسوب نمی‌شود. در عین حال یك دادگاه آمریکایی در یك مورد حکم داد که این عمل زناست و بچه حاصل از آن غیر قانونی است.

کلیسای کاتولیك نیز قویاً این عمل را (A.I.D) رد کرده و آن را غیر اخلاقی اعلام کرده است.[۲]

---

۱. شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۰۲.

2. The Oxford Companion to Law p. 83.

با تعریفی که از زنا در فقه و در قانون مجازات اسلامی شده از لحاظ فقهی و قانونی نمی‌توان این عمل را به عنوان زنا جرم تلقی کرد و احکام زنا را بر آن بار نمود.

در فقه، زنا که جرم و موجب حد است چنین تعریف شده: «یتحقق الزنا الموجب للحد بادخال الانسان ذکره الاصلی فی فرج امرأة محرمة علیه اصالة من غیر عقد نکاح ...»[۱]

و ماده ۶۳ قانون مجازات اسلامی زنا را بدین گونه تعریف نموده است: «زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است گرچه در دُبُر باشد، در غیر موارد وطی به شبهه».

به هر حال در تحقق مصداق زنا تماس بدنی و ادخال آلت مرد در آلت زن شرط است، بنابراین بر تلقیح اسپرم مرد بیگانه در رحم زن تعریف و عنوان زنا صدق نمی‌کند و نمی‌توان، این عمل را زنا و از این بابت جرم و یا حرام دانست، فقهایی هم که به این مطلب پرداخته‌اند عمل مزبور را به عنوان زنا حرام ندانسته‌اند. نمایندگان نهمین کنگره بین‌المللی حقوق جزا نیز که در ۲۴ تا ۳۰ اوت ۱۹۶۴ در لاهه هلند برپا شد اظهار داشتند: «تلقیح مصنوعی چون متضمن مقاربت مرد و زن نیست رابطه نامشروع محسوب نمی‌گردد».[۲]

ممنوعیت اخلاقی

در اینکه این عمل هر چند زنا محسوب نمی‌شود ولی نفس قراردادن نطفه مرد بیگانه در رحم زنی که با او علقه زوجیت ندارد و حتی در علقه زوجیت مرد دیگری است یك عمل غیراخلاقی و غیرشرعی است و آثار و تبعات ناگواری برای خانواده‌ها و جامعه دارد و لذا حرام است و باید ممنوع باشد، نیز مسأله مورد بحث و اختلاف است که اشاره‌ای به نظرات مختلف در این زمینه می‌نماییم.

نمایندگان کنگره نهم بین‌المللی حقوق جزا معتقد بودند که تلقیح مصنوعی نباید جرم شناخته شود و معتقد بودند قوانین جزایی کشورها نباید تلقیح مصنوعی را جز در موردی که زن راضی نباشد و یا شوهر به این کار رضایت ندهد، منع کنند.[۳]

---

۱. تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۴۵۵

۲. نقل از مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، دکتر اسدالله امامی، ص ۳۷۵

۳. مطالعه تطبیقی نسب، پیشین، ص ۳۷۵

برخی از صاحب نظران آن را مخالف اخلاق حسنه و مضرّ به جامعه دانسته‌اند و از این حیث نظر به ممنوعیت آن داده‌اند، مثلاً در گزارش تقدیمی به آکادمی علوم اخلاقی و سیاسی فرانسه در تاریخ ۶ مه ۱۹۴۹ آمده است: «طفلی که به طور مصنوعی در خانواده‌ای به وجود آمده و از نام خانوادگی پدر مزبور بهره‌مند می گردد، آسایش و آرامش خانواده و زندگی زناشویی را متزلزل می گرداند...»[۱] در رساله ۴۰ صفحه‌ای منتشره از سوی واتیکان تحت عنوان: «تعلیم درباره احترام به منشأ حیات انسان و به مقام تولد او» فتوای قاطع کلیسا نسبت به حرمت سقط جنین و هر گونه تلقیح مصنوعی و پروردن تخمك در آزمایشگاه بیان شده است.[۲]

از لحاظ قانونی، در ۲۹ ایالت آمریکا که در مورد تلقیح مصنوعی قوانینی دارند تصمیم گرفته‌اند نوزاد حاصل از تلقیح اسپرم مرد بیگانه به زن را با رضایت شوهر از آن مادروشوهر او بدانند.[۳]

مقررات جدید قانون بهداشت عمومی و قانون مدنی فرانسه در مورد تلقیح مصنوعی

در فرانسه، پس از مدتها بحث‌های مخالف و موافق، سرانجام در قانون بهداشت عمومی (Code de la Santé Publique) ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ مقررات مشخص و نسبتاً مفصلی در مورد تلقیح مصنوعی و شرایط مربوط به دهندگان اسپرم و زوجی که می خواهند از طریق انتقال نطفه یا گرفتن اسپرم دارای فرزند شوند وضع شده و تحت شرایطی این امر مجاز گردید و ضوابط آن مشخص شده است این مقررات ذیل دو فصل با عنوانهای: «کمك پزشکی به حاملگی» و «مقررات ویژه مربوط به اعطاء و استفاده از نطفه» آمده است. در قانون مدنی فرانسه نیز که مقررات روشنی در این زمینه وجود نداشت با افزودن دو ماده ۱۹ ـ ۳۱۱ و ۲۰ ـ ۳۱۱ در ژوئیه ۱۹۹۴ این امر، تصویب و نسب حاصل از لقاح مصنوعی تحت شرایطی که در این دو ماده و مقررات مربوط به بهداشت عمومی به عمل می آید قانونی

---

۱. همان کتاب، ص ۳۷۰

۲. **حقوق خانواده**، دکتر کاتوزیان، ج دوم، ص ۳۷، ظاهراً نقل از مجله تایم شماره‌های ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۶ و ۱۹ ژانویه و مارس و آوریل ۱۹۸۷.

۳. همان کتاب، ص ۲۳.

شناخته شد. به موجب این مواد، زن و شوهری که می‌خواهند به کمك پزشکی با تلقیح مصنوعی اسپرم مرد دیگری دارای بچه شوند، باید توافق خود را کتباً بر این امر به دادگاه و یا سردفتر اسناد رسمی اعلام نمایند، در نتیجه بچه‌ای که به وجود می‌آید نسبش به زن و شوهر می‌رسد و شخص ثالث که دهنده نطفه است هیچگونه رابطه نسبی با بچه ندارد و مسئولیتی نیز به عهده او نیست.

به هر حال در فرانسه با تصویب این مواد قانونی در سالهای اخیر تلقیح نطفه مرد بیگانه به زن تحت شرایط و ضوابطی قانونی شناخته شد و آثار حقوقی نسب نیز بر آن بار شد.

نظر فقهاء در مورد تلقیح مصنوعی با نطفهٔ غیر شوهر ـ اما از نظر فقهی، بسیاری از فقهاء، این عمل را حرام و ممنوع می‌دانند و مغایر موازین شرع تلقی می‌نمایند که از آنها می‌توان مرحوم آیت‌الله بروجردی، آیت‌الله میلانی، آیت‌الله خوئی، آیت‌الله گلپایگانی، امام خمینی(ره)، صافی، مکارم شیرازی، سیدصادق روحانی نام برد. امام خمینی(ره) در تحریر الوسیلة می‌فرماید: «لایجوز التلقیح بماء غیر الزوج، سواء کانت المراة ذات بعل اولا، رضی الزوج و الزوجة بذالك اولا، کانت المراة من محارم صاحب الماء کامه و اخته اولا»[1]

و آقای گلپایگانی می‌فرمایند: «... تلقیح نطفه اجنبی به اجنبیه به نظر حقیر جایز نیست و در مسأله توارث احتیاط به مصالحه با سایر ورثه ترك نشود...»[2]

از آنجا که عمل تلقیح نطفه مرد اجنبی به زن، چنانکه قبلاً گفتیم، زنا محسوب نمی‌شود، و از آن حیث حرام نیست، باید دید علت حرمت آن از نظر فقهاء چیست؟ از مرحوم آیت‌الله بروجردی نقل شده است که فرموده‌اند: «آنچه از مفاهیم ادله و بعضی مناطیق آنها مستفاد می‌شود، این است که تلقیح مصنوعی منی مرد اجنبی بر مرأة اجنبیه خواه دارای زوج باشد یا نباشد حرام است و در بعض صور آن احکام ولدزنا ثابت است و در بعضی صور احکام ولد شبهه...». البته ایشان تلقیح منی شوهر را به زن خود نیز محل اشکال

۱. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۱.
۲. مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۷۷.

و تأمل دانسته‌اند.[۱] آقای میلانی نیز فرموده‌اند: «از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده است ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می توان گفت که یقیناً جایز نیست».[۲]

برای حرمت این عمل به مفاد برخی از آیات قرآن و احادیث که دلالت بر لزوم حفظ فرج[۳] و احتیاط در آن و یا گناه بودن ریختن آب مرد به صورت حرام در فرج زن[۴] دارند استناد شده است ولی از دقت در آیات و روایات وارده بخوبی می‌توان فهمید که همه ناظر به مقاربت و تماس بدنی و عمل جنسی است و از این حیث دلالتی بر حرمت عمل پزشکی تلقیح اسپرم مرد در رحم زن ندارد. ولی برخی از فقهاء از این آیات و روایات این گونه نتیجه‌گیری کرده‌اند که مقتضای آنها رعایت احتیاط در مورد مبدأ تکون فرزند یعنی فرج می‌باشد و بنابراین اگر در جواز تلقیح مصنوعی شك کردیم نمی‌توان به اصل برائت متمسك شد بلکه باید اصالة الاحتیاط را اجرا کرد و به عدم جواز نظر داد.[۵]

فقهای اهل سنت نیز عمدتاً این عمل را حرام می دانند، دکتر یوسف القرضاوی در کتاب **الحلال و الحرام فی الاسلام** این نوع تلقیح مصنوعی را حرام دانسته و از شیخ شلتوت نقل کرده که گفته است: «این عمل جرمی زشت و گناهی بزرگ است که با زنا یك ماهیت دارد و نتیجه‌شان که همانا نهادن آب مرد بیگانه در رحم زنی که بین آنها علقه زوجیت شرعی نیست یکی است...».[۶]

همچنین شیخ احمد بن محمد طاحون در مقاله خود در مجله الازهر رمضان ۴۱۷

---

۱. **مطالعه تطبیقی نسب**، دکتر امامی، ص ۳۶۷.

۲. همان.

۳. مثل آیه ۳۰ سوره نور: «قل للمؤمنات یغضضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن...»

۴. به عنوان مثال روایت منقول از امام صادق(ع): «ان اشد الناس عذاباً یوم القیامة رجل اقر نطفته فی رحم یحرم علیه» (**وسائل الشیعة**، ج ۷، ص ۲۳۹، باب ۴ از ابواب نکاح المحرم و مایناسبه). و یا حدیث منقول از پیامبر اکرم(ص): «لن یعمل ابن آدم عملاً اعظم عندالله عزوجل من رجل قتل نبیا او اماماً او هدم الکعبة التی جعلها الله قبلة لعبادة او افرغ مائه فی امرأة حراما» (همان کتاب، همان باب و صفحه).

۵. **المسائل المستحدثه**، سیدصادق روحانی، ج اول، ص ۹.

۶. **الحلال الحرام فی الاسلام**، ص ۳۴۷.

تحت عنوان: «اطفلنا اکبادنا»، این نوع تلقیح را عملی زشت و کثیف و خلاف دین و فطرت می‌داند.

با این وصف بعضی از صاحب نظران در فقه شیعه معتقد به جواز این عمل بوده و برای آن منع و حرمتی نمی‌بینند. شیخ محمدتقی جواهری در پاورقی بر کتاب **الحلال و الحرام فی الاسلام** دکتر قرضاوی می گوید: دلیلی بر حرمت تلقیح نطفه مرد اجنبی به زن به وسیله شوهر وجود ندارد و اصل اباحه این عمل را تجویز می کند.[۱] همچنین آیت‌الله یزدی در مقاله باروریهای مصنوعی (مجله فقه اهل بیت، شماره ۶ـ۵ تابستان ۷۵) قائل به جواز است.

حضرت آیت‌الله خامنه‌ای نیز در پاسخ استفتایی که از ایشان شده علی الاصول این عمل را بی اشکال دانسته‌اند.[۲]

از لحاظ قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران، قانون مدونی که عمل مزبور را منع کند یا آن را مجاز بداند نداریم، برخی از حقوقدانان خواسته‌اند اثبات کنند که با توجه به مسلم بودن حرمت شرعی این عمل وفق فتاوی فقهاء، باید در مقام سکوت قانون به این امر استناد کرد و آن را ممنوع دانست.[۳] ولی چنانکه دیدیم با توجه به فتاوای جدید چندان، نمی‌توان بر مسلم بودن حرمت شرعی آن اتکا کرد و بدان اعتبار آن را ممنوع دانست.

البته اگر از لحاظ شرعی مسأله نسب و چگونگی انتساب فرزند ناشی از لقاح مصنوعی روشن نشود و نتیجتاً به حفظ نسل و طهارت و پاکی آن که مورد تأکید اسلام است لطمه وارد آید، حکم به جواز خالی از اشکال نیست.

---

۱. همان.

۲. در یکی از استفتائاتی که از معظم له شده و اینجانب دیده‌ام زنی از ایشان سؤال می کند که شوهرش عقیم و فاقد اسپرم است و به لحاظ نداشتن اولاد زندگی ناگواری را دارند و اطباء گفته‌اند فقط با تلقیح اسپرم مرد دیگری به او می توانند دارای فرزند بشود، فتوای ایشان را در مورد جواز این عمل خواستار شده است. ایشان در جواب فرموده‌اند: «این عمل فی نفسه مانع ندارد ولی باید از لمس و نظر حرام اجتناب شود و بچه ملحق به مرد و زن صاحب نطفه است و به شوهر شما ملحق نمی‌شود.»

۳. ر.ک: **مطالعه تطبیقی نسب**، دکتر اسدالله امامی، ص ۳۷۶.

۲ـ تحلیل جواز یا عدم جواز تلقیح مصنوعی به لحاظ آثار آن

برای تجویز این عمل وفتوادادن بر جواز و صحت آن و یا وضع قانون بر جواز به نظر می‌رسد باید ابتدا آثار و تبعات قانونی و اجتماعی آن را بررسی کرد. نسب که به معنای خاص و محدودش عبارت از وجود رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی است دارای آثار حقوقی و اجتماعی است. یعنی موجب توارث است، از موانع نکاح و موجب حرمت نکاح است و از لحاظ تکالیف شرعی مربوط به نگاه و معاشرت، موجب محرمیت است، از لحاظ اجتماعی نیز شخص ریشه و منشأ و هویت خود را می‌داند و می‌شناسد. مسأله مهم و قابل بحث، این است که آیا این نسب که دارای چنین آثاری است یك امر جعلی و قانونی است یا یك امر طبیعی است که قانون آن را به رسمیت می‌شناسد و بر آن آثار مترتب می کند. نوع طبیعی و مقبول نسب که همواره در همه مذاهب و عرف و عادات و مقررات پذیرفته شده این است که در اثر وجود علقه زوجیت یعنی رابطه قانونی و مشروع بین زن و مرد و با قرار گرفتن نطفه مرد در رحم زن حال یا در اثر آمیزش و تماس به صورت انجام عمل مقاربت یا ریختن منی مرد در رحم زن ولو بدون عمل دخول مثل تفخیذ و نظایر آن و یا آن گونه که امروز میسر شده تزریق منی مرد به کمك وسایل پزشکی به داخل رحم زن، بچه‌ای پرورش یابد و متولد شود، این بچه که از لحاظ خلقت طبیعی رابطه خونی با این زن و مرد دارد و از آنها آفریده شده رابطه نسبی دارد و مشمول آیه: «و هوالذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و کان ربك قدیرا» می‌باشد، و همه آثار حقوقی و اجتماعی مذکور برای نسب در این مورد صادق است.

حال اگر این وضعیت وجود نداشته باشد یعنی یا بچه از نطفه مرد و زن به وجود آمده که رابطه صحیح و قانونی ازدواج بین آنها برقرار نبوده، یا پیدایش بچه از منی مرد و یا پرورش یافته در رحم زن نبوده است آیا قانونگذار یا شارع می‌تواند بین این بچه و مرد و زن مورد نظر رابطه نسبی برقرار کند یعنی جعل نسب نماید و به حکم قانونگذار نسب برقرار باشد و آثار خود را بگذارد یا خیر؟ باید مکانیزم حقوقی این امر را در سیستم حقوقی بررسی کرد و بر آن پایه نظر داد و اگر لازم شد فتوا داد یا وضع قانون نمود.

۳ـ وضعیت موضوع در نظام حقوقی برخی از کشورهای غربی

در نظام حقوقی کشورهای غربی تا آنجا که من اندکی اطلاع دارم در فرانسه و انگلیس ترتیب فوق در روشهای مختلف پذیرفته شده و از این نظر می توان گفت مسأله باروری مصنوعی و جواز آن و تعیین تکلیف مسأله نسب و آثار حقوقی آن حل شده است. مکانیزمهای مزبور عبارتند از:

الف. مشروع کردن نسب نامشروع (Legitimation): قانونگذار پیش‌بینی کرده، که اگر بچه‌ای از زن و مردی پدید آمده درحالی که رابطه قانونی زوجیت بین آنها وجود نداشته (زنا) می‌توان نسب بچه را مشروع کرد، یکی از راههای متعارف مشروع کردن، ازدواج مرد و زن یعنی پدرومادر طبیعی بچه، بعد از انعقاد نطفه بچه یا حتی تولد اوست.

طبق ماده ۳۲۹ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۱۹۹۳ می توان نسب تمام اطفال غیر مشروع را مشروع کرد.

ماده ۳۳۰ می گوید: مشروع کردن نسب یا به وسیله ازدواج است و یا به وسیله حکم مقامات قضایی و طبق ماده ۳۳۱ (۸ ژانویه ۱۹۹۳) هر طفل مولود خارج از ازدواج با ازدواج بعدی پدرومادر طبیعی خود بخود نسبش مشروع می‌شود.

در حقوق انگلیس نیز طبق قانون مشروع کردن (Legitmacy Act) مربوط به سالهای ۱۹۲۶ و ۱۹۵۹ طفل غیر مشروع با ازدواج بعدی والدین او مشروع می‌شود و از تمام حقوق طفل مشروع از جمله ارث و حق حضانت برخوردار است.[۱]

به نقل از نیوزویك (شماره ۲۰ ژانویه ۱۹۹۷) در بسیاری از عروسی‌های امروز اروپایی معمولاً دخترانی که گل و حلقه نامزدی را در مراسم ازدواج می‌آورند فرزندان قبل از عقد خود عروس و داماد هستند.

ب ـ فرزندخواندگی: مرد و زن یا یکی از آنها می توانند تحت شرایطی بچه‌ای را که از آنها نیست و از نطفه دیگری به وجود آمده که شناخته شده یا ناشناخته است به فرزندی

1. Law made simple p. 90.

قبول کنند پس از تحقق عمل فرزندخواندگی وفق ضوابط قانونی، بچه حکم فرزند طبیعی را دارد و آثار حقوقی فرزند طبیعی بر او بار می‌شود. در حقوق انگلیس، طبق قوانین سالهای ۱۹۵۸ و ۱۹۶۷، طفل فرزند خوانده در حقوق و تکالیف مثل ارث و وصیت و مانعیت نکاح مانند طفل متولد از ازدواج است.[۱]

و در حقوق فرانسه، ماده ۳۵۸ قانون مدنی تصریح می کند که فرزند خوانده دارای تمام حقوق و تکالیفی است که فرزند طبیعی دارد. طبق ماده ۳۵۹ رابطه فرزند خوانده با خانواده اصلی خود قطع می‌شود (فقط ممنوعیت نکاح به حال خود باقی است) و در ماده ۳۶۶ تصریح شده که نکاح بین فرزندخوانده و کسی که او را به فرزندی قبول کرده، و اولاد و اعقاب او ممنوع است.

حال با توجه به وجود چنین زمینه‌ای در حقوق فرانسه در رابطه با تلقیح مصنوعی تکلیف وضع نسب ناشی از آن و آثار حقوقی بار شده بر آن پس از بحث‌های فراوانی که طبعاً از لحاظ اجتماعی به عمل آمده قانونگذار اولاً شرایط و حدود و چگونگی آن را در ضمن مقررات مربوط به بهداشت عمومی در سال ۱۹۹۴ تصویب کرد و آن را تجویز نمود و در همان تاریخ با افزودن دو ماده به قانون مدنی در باب نسب (۱۹ـ۳۱۱ و ۲۰ـ۳۱۱) حکم موضوع را روشن کرد و صریحاً جعل نسب نمود و مقرر داشت بچه‌ای که با درخواست زن و شوهر و با گرفتن نطفه و منی مرد دیگری به عمل می آید فرزند زن و شوهر متقاضی محسوب می‌شود و هیچ رابطه نسبی با مرددهنده نطفه یعنی کسی که بچه به اصطلاح از آب او خلق شده ندارد. طبق ماده ۲۰ـ۳۱۱ زوجین باید توافق کتبی خود را بر تلقیح مصنوعی و گرفتن نطفه شخص ثالث به دادگاه یا دفتر اسناد رسمی تحویل دهند که محرمانه باقی می‌ماند و از سوی مقامات مزبور، نتایج و تبعات این امر برای آنها تشریح می‌شود. پس از عمل و انعقاد نطفه و پدیدآمدن بچه، حق نفی ولد ندارند مگر اینکه مدعی شوند توافق نداشتند و در صحت رضایت‌نامه اشکال داشته باشند که قابل بررسی است.

---

۱. منبع پیشین، مطالعه تطبیقی نسب.

۴ـ وضعیت موضوع در فقه اسلامی و حقوق ایران

حال نظری به زمینه این وضع در حقوق ایران و سابقه فقهی بیندازیم.

الف ـ مشروع کردن نسب

مشروع کردن نسب طفل آن گونه که در حقوق فرانسه و انگلیس دیدیم در فقه اسلامی وجود ندارد و ازدواج بعدی زن و مرد نیز، بچه مولود رابطه نامشروع آنها را مشروع نمی‌سازد. فتاوی در این زمینه زیاد است. به عنوان مثال پاسخ آیت‌الله گلپایگانی در مورد این سؤال چنین است:

«عقد بعد از تولد یا بعد از انعقاد نطفه موجب ثبوت حکم حلال‌زاده بر او نیست بلی اگر مشکوك باشد که آیا نطفه بعد از عقد منعقد شده یا قبل از عقد در این صورت طفل محکوم به حلال‌زادگی است.»[۱]

ولی اگر بچه‌ای مولود نطفه مرد و زنی باشد ولو خارج از نکاح ولی بدون صدق عمل زنا مثل تفخیذ و یا قراردادن نطفه در رحم زن به وسیله پزشکی بعید نیست بتوان بچه را ملحق نمود و نسب را ثابت و همه احکام را بر آن بار کرد.[۲]

---

۱. مجمع المسائل، ج دوم، ص ۱۶۰.

۲. از آیت‌الله گلپایگانی سؤال شده: پسر و دختری که قصد ازدواج با یکدیگر داشته‌اند ملاعبه می‌نمایند و بدون دخول، منی جذب می‌شود و دختر حمل برمی‌دارد آیا با این حال اگر با یکدیگر ازدواج نمایند صحیح است و آیا این بچه با اقارب خود محرم است و آیا توارث بین آنها هست یا خیر؟

جواب فرمودند: «در فرض سؤال اقوی ثبوت محرمیت برای آن بچه است با جمیع محارم و ازدواج آن دو با یکدیگر جائز و صحیح است و اما راجع به توارث بین آن بچه و اقارب او احتیاط لازم تصالح و تراضی با سایر ورثه است. (همان، ص ۱۷۷).

نیز ر.ك. فتوای آیت‌الله اراکی در این خصوص در سؤال و جواب ذیل:

س ـ دختر و پسری رابطه نامشروع داشته‌اند ولی خروج منی از مرد شده و رحم زن جذب کرده و دختر حامله شده و بعداً باهم ازدواج کرده‌اند آیا فرزند ولدزناست یا ملحق به ابوین است؟

ج ـ دخول به معنای التقاء ختانین شرط حد و عده و غسل می‌باشد و شرط الحاق ولد نیست بلکه الحاق محقق می‌شود به انزال منی در اطراف فرج و جذب ماء پس در فرض سؤال که زنا و دخول محقق نشده و جذب ماء شده کافی است در الحاق ولد ولو مقدمات حرام بدون زنا محقق شده، پس مقتضای عمومات الحاق ولد است، مگر زنا به معنای دخول محقق شده باشد که شرعاً نفی است و غیر از زنا تحت عمومات باقی است. (رساله توضیح المسائل، آیت‌الله اراکی، بخش استفتائات، ص ۵۷۵).

البته هر جا شبهه باشد و زنا بودن رابطه مورد تردید قرار گیرد می توان نسب بچه را صحیح دانست و او را به پدر و مادر طبیعی ملحق نمود. و به هر حال ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی می گوید: طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود و به حکم ماده ۸۸۴: «ولدالزنا از پدرومادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد...».

در عین حال برخی آثار مربوط به نسب در اینجا نیز وجود دارد مثلاً مانعیت نکاح طبق ماده ۱۰۴۵ق.م. و اخیراً بعضی از فقهاء احتمال تکلیف نفقه را نیز برای پدر طبیعی قائل شده‌اند و بنابر این فقط ارث مستثنی است.[۱]

ب ـ فرزند خواندگی

در حقوق اسلام فرزند خواندگی وجود ندارد و آثار حقوقی مربوط به نسب بر فرزندخواندگی بار نمی‌شود. این معنی از خود قرآن است که در سوره احزاب آیه ۴ آمده است: «و ما جعل ازواجکم اللائی تظاهرون منهنّ امهاتکم و ماجعل ادعیائکم ابنائکم، ذالکم قولکم بافواهکم والله یقول الحق وهویهدی السبیل. ادعوهم لابائهم هواقسط عندالله فان لم تعلموا آبائهم فاخوانکم فی الدین و موالیکم...» و در آیه ۳۷ در مورد ازدواج پیامبر با همسر مطلقه پسر خوانده خود زید بن حارثه و اعتراض مردم باز صریحاً حکم را بیان کرده که فرزندخواندگی اثری در اثبات نسب و آثار مترتب بر آن ندارد... «فلما قضی زید منها وطرا زوجناکها لکی لایکون علی المؤمنین حرج فی ازواج ادعیائهم اذاقضوا منهنّ و طرا وکان امرالله مفعولا».

در مقررات قانونی موضوعه ایران نیز فرزندخواندگی که آثار حقوقی مربوط به نسب بر آن بار باشد به رسمیت شناخته نشده است. البته در مورد حمایت از کودکان بی سرپرست، قانونی در سال ۱۳۵۳ تصویب شد که به هر حال در آن قانون هم فرزندخواندگی به عنوان دارابودن آثار حقوقی مربوط در آن شناخته نشده است.

قوانین برخی از کشورهای اسلامی، صریحاً فرزندخواندگی را منع کرده‌اند.[۲]

---

۱. آیت‌الله گلپایگانی در پاسخ سؤال: حضانت ولد ناشی از زنا به عهده کیست و مخارج او را کدام یك از والدین باید بپردازد؟ فرموده‌اند: بعید نیست در خصوص نفقه حکم ولد مشروع را داشته باشد. (همان کتاب و همان صفحه).

۲. قانون خانواده، الجزایر، ماده ۴۶ «یمنع التبنّی شرعا و قانونا».

ج-رضاع

ولی در حقوق اسلام نهادی به نام رضاع وجود دارد که می توان از آن به نوعی جعل نسب تعبیر کرد که برخی از آثار نسب واقعی را دارد نه تمام آنها را. طبق مقررات فقه اسلامی و قانون مدنی، طفل بیگانه‌ای که از زنی شیر بخورد تحت شرایطی، از لحاظ حرمت نکاح، طفل مزبور، حکم فرزند این زن و شوهر زن را پیدا می کند و نکاح بین او با شیر دهنده و شوهر شیر دهنده و فرزندان آن دو و برادر و خواهر آنها ممنوع است. یعنی رضاع به حکم شارع و قانونگذار همانند نسب طبیعی موجب حرمت نکاح می شود فرموده معروف پیامبر اکرم(ص) که: «یحرم من الرضاع مایحرم من النسب.» و آیه ۲۳ سوره نساء قرآن کریم که از جمله محرمات نکاح آمده است: «...و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعة...» بر این معنی تصریح دارد. ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی ایران نیز حرمت نکاح در اثر رضاع را بیان کرده، البته در فقه شیعه و نیز قانون مدنی ایران شرایطی برای قرابت رضاعی و مترتب بودن اثر حرمت نکاح بر آن ذکر شده، از قبیل لزوم مکیدن شیر از پستان مادر و حداقل یك شبانه‌روز کامل یا ۱۵ دفعه متوالی شیر خوردن ذکر شده که تا حدودی وضعیت طفل را به‌زن نزدیك به وضعیت طبیعی می نماید ولی اهل سنت عموماً چنین شرایطی را لازم نمی دانند. در هر صورت می توان از این نهاد به یك نوع جعل قانونی نسب تعبیر کرد در رابطه با برخی آثار نسب.

د-قاعده فراش

اماره فراش یا قاعده فراش که از جمله معروف منقول از پیامبر اکرم(ص): «الولد للفراش و للعاهر الحجر»، گرفته شده است می تواند در برخی موارد مشتبه و مبهم، قانوناً نسب را ثابت نماید و الحاق طفل را به پدر به رسمیت بشناسد، البته از این قاعده نمی توان به عنوان یك نهاد جعل نسب یاد کرد بلکه در واقع وسیله و اماره‌ای است برای کشف نسب و مفروض دانستن پیدایش بچه‌ای از مردی.

بر اساس این قاعده، اگر در دوران زوجیت زن و مرد، بچه‌ای از زن متولد شود، فرض می شود که این بچه از نطفه مرد پدید آمده و به او منسوب است، هر چند در این مدت زن با مرد دیگری نیز رابطه نامشروع داشته و احتمال انعقاد نطفه او از دیگران باشد ولی قانون برای جلوگیری از بی نظمی در نسب و وجود زوجیت را اماره و فرض قانونی پدید آمدن طفل

از مرد دانسته و اعتباری برای روابط دیگر قائل نشده ولی شرط اعمال این قاعده، این است که امکان الحاق طفل به شوهر وجود داشته باشد، در نتیجه از شرایط اجرای قاعده مزبور این است که شوهر با زن مواقعه صورت داده و تولد طفل نیز کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه از زمان نزدیکی نباشد. ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی در این مورد می گوید: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

در بعضی از صور تلقیح مصنوعی و در پی آن پدید آمدن طفل برای توجیه انتساب طفل به شوهر زن می توان از این قاعده استفاده کرد یعنی کافی است مرد با زن نزدیکی کرده باشد ولو یك بار و با لقاح مصنوعی، اسپرم مرد دیگری نیز وارد رحم زن شده باشد و در ظرف مدت حداقل ۶ ماه و حداکثر ده ماه به شرح فوق بچه متولد شود به حسب ظاهر شرع و قانون می توان بچه را منتسب به شوهر کرد و قضیه نسب را حل نمود همان گونه که اگر با مرد دیگری زنا می کرد و بچه متولد می شد، بچه را ملحق به شوهر می کردیم و مشکل حقوقی از حیث نسب پدید نمی آمد، در اینجا هم چنین است با این امتیاز که چون تزریق نطفه مرد بیگانه به زن مشمول تعریف زنا نبوده و ممکن است مصداق جرم دیگری هم قرار نگیرد، عمل خلافی صورت نگرفته است ولی با اینکه مقررات این ترتیب درست و قابل قبول است و در صورت مواجه شدن با عمل انجام شده می تواند قابل استفاده و کارگشا باشد، نمی تواند موجب تجویز قانونی عمل لقاح یعنی پدید آوردن وضع شبهه آمیز گردد. و قانونگذار نباید مبنای تشریع خود را بر راههای مربوط به حیله قانونی بگذارد و این طریق را تجویز کند. پیداست در مواردی که امکان الحاق طفل به مرد وجود نداشته باشد طبعاً از این قاعده نمی توان استفاده کرد.[1] به هرحال بین حلّ معضل پیش آمده به وسیله امارات و

---

۱. ر.ك: فتوای مرحوم آقای اراکی در این رابطه در سؤال و جواب زیر:

س - زنی که شوهرش به اتفاق نظر دکترها عقیم است با مرد اجنبی رابطه نامشروع داشته و حمل برداشته، اینك زانی منکر ولد است آیا به قاعده «الولد للفراش» ولد ملحق به زوج است؟

ج - قاعده فراش در صورت شك است، پس اگر از گفته دکترها اطمینان و علم حاصل شود، ملحق به او نیست و اگر احتمال الحاق باشد، ملحق می شود (توضیح المسائل، آیت الله اراکی، بخش استفتائات، ص ۵۸۳).

قواعد قانونی چون قاعده فراش و مقررات مربوط به شبهه با صدور حکم و فتوی به جواز و وضع قانون، فرق است؛ قانونگذار باید با در نظر گرفتن قواعد اصلی و ماهوی و مصالح جامعه، عملی را تجویز و حدود و ثغور آن را مشخص کند و یا آن را ممنوع نماید.

به هر حال به نظر می‌رسد در مورد تلقیح مصنوعی به کمك شخص ثالث یعنی وارد کردن نطفه مرد بیگانه در رحم زن و پیدایش بچه از این طریق که امروزه متقاضیان زیادی دارد، برای قانونی کردن و مجاز نمودن آن، باید وضعیت نسب بچه ناشی از این عمل را روشن کرد. بر اساس فتاوی که تاکنون در دست است بچه‌ای که از زن متولد می‌شود از لحاظ نسب پدری ملحق به مردی است که از ترکیب اسپرم او با نطفه زن پدید آمده است یعنی اگر صاحب نطفه معلوم باشد، او پدر بچه محسوب است حال اگر به صورت مشروع نطفه‌اش در رحم زن قرار گرفته (با عقد نکاح صحیح یا به صورت شبهه) قانون از هر حیث این نسب را به رسمیت می‌شناسد و اگر به صورت غیر مشروع قرار گرفته هر چند به آن رسمیت نمی‌دهد ولی به طور طبیعی پدر او محسوب و بعضی از آثار نسب چون حرمت نکاح را درپی دارد و به هر حال منتسب به مرد دیگری نمی‌شود. در صورتی هم که صاحب نطفه معلوم نباشد ولی معلوم باشد که از شوهر نیست، نسب پدری طفل مجهول و ناشناخته است و به هر حال شوهر زن پدر او محسوب نمی‌شود.

نامشخص بودن حکم موضوع در کلام فقهاء ـ امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله در این خصوص می گویند:

«اگر عمل تلقیح با منی غیر شوهر انجام گیرد و زن دارای شوهر باشد و مسلم باشد که بچه ناشی از تلقیح است شکی نیست که بچه به غیر شوهر ملحق نمی‌شود و اگر تلقیح از روی شبهه صورت گرفته باشد همانند مورد و طی به شبهه، بچه ملحق به زن و صاحب منی می‌باشد، پس اگر مردی منی خود را به زنی به خیال اینکه همسر خودش هست تلقیح کرد و بعد خلاف آن معلوم شد بچه حاصل از این تلقیح ملحق به صاحب منی و زن می‌باشد... ولی اگر تلقیح با علم و عمد به زن اجنبی صورت گرفت در الحاق بچه به صاحب منی و زن مشکل است (چون عمل غیر مشروع و در حکم زنا بوده است) هر چند به نظر صحیح تر می‌رسد که بچه را بدانها ملحق بدانیم ولی مسأله مشکل است، ناچار باید در آن احتیاط کرد و در مورد حکم ارث در خصوص

تلقیح از روی شبهه همانند وطی به شبهه است و در مورد تلقیح عمدی حرام باید احتیاط کرد.
(لوحصل عمل التلقیح بماء غیر الزوج و کانت المرأة ذات بعل و علم ان الولد من التلقیح فلا اشکال فی عدم لحوق الولد بالزوج کمالااشکال فی لحوقه بصاحب الماء و المرأة ان کان التلقیح شبهة کما فی الوطی شبهة، فلولقحها بتوهم انها زوجته، و ان الماء له فبان الخلاف یلحق الولد بصاحب الماء و المرأة واما لو کان مع العلم و العمد ففی الالحاق اشکال و ان کان الاشبه ذالك لکّن المسئلة مشکلة لابدفیها من الاحتیاط و مسائل الارث فی باب التلقیح شبهة کمسائله فی الوطی شبهة و فی العمدی المحرم لابد من الاحتیاط.[۱])

به هر حال، انتساب طفل ناشی از نطفه مرد بیگانه در اثر لقاح مصنوعی به شوهر زن در واقع ماهیت فرزندخواندگی دارد که طبق فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران و ظاهر آیات قرآن کریم شناخته نشده است. تجویز این امر و رها کردن وضعیت نسب به حال خود و حکم به عدم الحاق آن به شوهر زن و بلکه به صاحب نطفه نیز مشکلات عدیده اجتماعی را در پی خواهد داشت و به هر حال، اختلاط انساب نیز در این راه پیش می آید. شاید به همین جهت اکثر فقهاء این عمل را تجویز نکردند و در مورد وقوع و پیش آمد آن وضع نیز راه‌حل مشخصی در خصوص چگونگی وضع نسب به دست نداده‌اند.

مبحث دوم: وضعیت زن نسبت به لقاح مصنوعی

به غیر از احکامی که در مورد تلقیح مصنوعی نطفه مرد به زن گفته شد دو مطلب در خصوص این موضوع نسبت به زن قابل بررسی است. برای تولید وپرورش جنین و طفل، زن دونقش دارد یکی دادن تخمك و ترکیب تخمك با نطفه مرد و دیگری جای دادن این موجود مرکب در رحم که تغذیه و رشد و نمو و شکل گرفتن جنین در رحم انجام می گیرد اگر اسپرم مردی با تخمك زنی ترکیب شود حال به‌طور طبیعی یا به کمك

---

۱. تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۶۲۱، مسأله ۳.

پزشکی و از طریق آزمایشگاهی و این جنین در رحم آن زن پرورش یابد، بی‌تردید از لحاظ طبیعی، زن مادر این بچه و مرد پدر او محسوب است و از لحاظ قانونی نیز مسأله تابع این است که این آمیزش یا لقاح مشروع و قانونی بوده یا خیر و نسب طفل طبیعی را به رسمیت بشناسیم یا خیر که قبلاً اشاره‌ای به این موضوع شد، ولی اگر عمل دادن تخمك و نگهداری جنین در رحم به وسیله دو زن انجام گیرد حکم قضیه چه خواهد بود؟

گاهی از اوقات، ممکن است زن عقیم بوده و دارای تخمك بارور نباشد ولی شوهر از قدرت باروری برخوردار است و خواستار بچه هستند در این صورت ممکن است اسپرم مرد گرفته شود و با تخمك زن دیگر ترکیب شود و آنگاه این نطفه ترکیب یافته یا جنین در رحم زن نهاده شود و در آنجا رشد و نمو خود را بنماید و با وضع حمل زن، پا به عرصه وجود گذارد؟ آیا این عمل مجاز است یا خیر؟ و در صورت جواز نسب مادری بچه چگونه است؟

در مورد جواز و عدم جواز باید گفت ترکیب اسپرم مرد با تخمك زن دیگر، چنانکه در بحث مربوط به دادن نطفه از سوی مرد گفته شد ممکن است مشمول هیچیك از عناوین حرام و خلاف شرع قرار نگیرد و در طریق ترکیب نیز خلاف شرعی صورت نگیرد بخصوص که ممکن است، زن فاقد شوهر باشد و برای دادن تخمك صیغه عقدی بین او و مرد جاری گردد. در واقع اینجا زن دهندهٔ تخمك است و مرد و همسر او که مایل به داشتن بچه هستند گیرنده تخمك می‌باشند و به هر حال پس از ترکیب، انتقال آن به رحم همسر مرد نیز مشمول عنوانی از عناوین ممنوعه به نظر نمی‌رسد.

آیا زن صاحب تخمک مادر طفل است یا زنی که حمل و وضع جنینی را به عهده دارد؟

بچه‌ای که بدین ترتیب به دنیا می آید از لحاظ نسب پدری وضعش معلوم است و متعلق به مرد و شوهر زن است ولی از لحاظ مادری باید دید آنکه جنینی در رحم خود جای داده و از خون خویش و شیره جان خود او را تغذیه کرده و زحمت حملش را و بعد وضعش را به عهده داشته، مادر محسوب است، یا مادر، آن کسی است که نشأت اولیه طفل از او و

تخمك او بوده که با ترکیب با اسپرم مرد هسته اولیه تشکیل طفل را پدید آورده است و رحم زن در واقع در حد یك ظرف و زمینه و بستر پرورش موجودی است که قبلاً موجودیت پیدا کرده است؟ ممکن است به استناد حدیثی که در مورد مقاربت مرد با همسرش و سپس مساحقه زن با کنیزش و باردار شدن کنیز نقل شده[1] که در آنجا گفته شده قطعاً همسر مرد مادر بچه محسوب نمی‌شود و قاعدتاً کنیز مادر محسوب است،[2] گفته شود در اینجا باید، زن را که حمل بچه را به عهده داشته، مادر محسوب کرد. ولی اگر حدیث مزبور صحیح هم باشد نمی‌توان این نتیجه را از آن گرفت زیرا ظاهراً فرض حدیث جایی است که پس از مقاربت مرد با همسر خود، همسر وی بلافاصله با کنیز مساحقه کرده و اسپرم‌های موجود در دهانه واژن که هنوز حیات داشتند به واژن کنیز ریخته و در آنجا یکی از اسپرمها با تخمك

---

۱. حدیث به تعابیر و طرق گوناگون عمدتاً از امام صادق (ع) نقل شده که در برخی از نقل‌ها امام خود مستقیماً حکم را بیان کرده‌ودر بسیاری از نقل‌ها بیان حکم را به حضرت امام حسن (ع) نسبت داده است؛ یکی از نقل‌ها که از طریق معلی بن خنیس از امام صادق(ع) نقل شده می گوید: از امام پرسیدم: مردی با زن خود آمیزش کرده آنگاه زن آب او را (منی او را) در اثر مساحقه به کنیزی منتقل کرده است و کنیز باردار شده امام(ع) فرمود: بچه ملحق به مرد است و زن باید سنگسار شود و بر کنیز نیز حد اجرا می‌شود. «عن معلی بن خنیس قال: سألت اباعبدالله علیه السلام عن رجل و طا امرأة فنقلت مائه الی جاریة بکر فحملت فقال: الولد للرجل و علی المرأة الرجم و علی الجاریة الحد» **وسائل الشیعه**، ج۱۸، ص ۴۲۸.

۲. **تحریرالوسیله**، امام خمینی(ره)، ج ۲، ص ۴۷۱. ایشان تصریح دارند که فرزند ملحق به دختری می‌شود که در اثر مساحقه حمل برداشته است عبارت ایشان چنین است: «لو وطأ زوجته فساحقت بکر افحملت البکر فالولد للواطئ صاحب الماء و علی الصبیة الجلد مأة بعد وضعها ان کانت مطاوعة والولد یلحق بها ایضا...» صاحب ریاض نیز در مورد الحاق بچه به دختر همین نظر را اختیار کرده است. البته بسیاری از فقهاء در الحاق طفل به دختر نیز تردید نموده و عدم انتساب او را به دختر (کنیز) ترجیح داده‌اند بدان جهت که قرار گرفتن منی مرد در رحم او به صورت مشروع نبوده است از جمله ر.ك. کلام علامه در **قواعد** که با اظهار نظر به الحاق طفل به مرد به عنوان صاحب نطفه و عدم الحاق قطعی آن به همسر مرد نسبت به الحاق آن به کنیز یا دختر تردید نموده و می گوید: اقوی عدم الحاق است. «و الحق الولد بالرجل من ماء غیرزان و فی الحاقه بالصبیة اشکال اقربه العدم فلایتوارثان ولایلحق بالکبیرة قطعا...» **ایضاح الفوائد فی شرح القواعد**، ج ۴، ص ۴۹۴. همچنین ر.ك. نظر شهیدثانی در کتاب **شرح لمعه**، ج ۹، ص ۱۶۲: «...ولایلحق بالزوجة قطعاً و لابالبکر علی الاقوی...» شهید ثانی در کتاب **مسالك** نیز همین نظر را با این استدلال که تولد بچه از دختر ناشی از عقد صحیح و یا شبهه نبوده وبلکه در حکم زنا بوده بیان می‌دارد عبارت وی چنین است: «...اما الکبیرة فلایلحق بها قطعا لانه لم یتولد منها و انما کانت سببا فی تولده و اما الصبیة ففی الحاقها به وجهان من حیث انّه ولدته من غیر زنا فیلحق بها و من انتفاء سبب الالحاق و هو العقد الصحیح او الشبهه و لانه بحکم الزنا و لهذا یجب علیه الحد و هذا اقوی» (**مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، چاپ قدیم، ج دوم، ص ۴۳۴).

رها شده از کنیز ترکیب شده‌اند، زیرا پس از ترکیب اسپرم با تخمک در رحم زن، انتقال آن به وسیله مساحقه عملی نیست مگر به وسیله سقط و به کمک وسایل پزشکی که عملی بودن آن هم مورد تردید است. به هرحال در فرض حدیث، اسپرم مرد با تخمک کنیز ترکیب شده و در رحم او رشد و نمو کرده است؛ منتها به جای اینکه اسپرم مستقیماً در واژن کنیز ریخته شود، ابتدا در ظرف دیگری که واژن همسر مرد باشد ریخته شده و از آنجا به واژن کنیز انتقال یافته است. بنابراین اگر در فرض، همسر مرد، مادر محسوب نمی‌شود بدین جهت است که نه بچه مرکب از تخمک او با اسپرم شوهر است و نه در رحم او پرورش یافته است و اگر کنیز، مادر محسوب می‌شود بدین جهت است که هم تخمک از اوست و هم حمل را به عهده داشته است.

اگر به ساحت انسانی جسارت کنیم و او را با گیاه و حیوان تشبیه نماییم، می‌بینیم در مقررات فقهی و قانونی دو حکم مختلف در این زمینه در مورد گیاه و حیوان مقرر شده است. در مورد گیاه، صاحب بذر یعنی در واقع صاحب تخم و نطفه، مالک گیاه پدید آمده از آن خواهد بود هرچند این بذر در زمین دیگری رشد و نمو کرده و ثمر به بار آورده باشد یعنی در واقع مولود گیاهی متعلق به صاحب نطفه و بذر است و زمین که ظرف و بستر و حامل آن بذر است در انتساب گیاه به صاحب آن اثری ندارد. ماده ۳۳ قانون مدنی می‌گوید:

«نما و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالك زمین است چه بخودی خود روئیده باشد یا به واسطه عملیات مالك مگر اینکه نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگرچه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد».

امام خمینی(ره) در مبحث غصب می‌گویند:

«اگر کسی زمینی را غصب کرد و در آن دانه کاشت یا نهالی غرس کرد، محصول به عمل آمده از آن غاصب که صاحب بذر و نهال است می‌باشد نه از آن صاحب زمین؛ هرچند غاصب باید اجرت زمین را بدهد...»

نیز ایشان در همان باب می‌گویند:

«اگر کسی دانه‌ای را غصب کرد و کاشت یا تخم مرغی را غصب کرد و آن را زیر مرغ خود گذاشت و جوجه در آمد، محصول و جوجه به عمل آمده از آن صاحب بذر و تخم مرغ است...»[1]

ملاحظه می‌شود در مورد گیاه، محصول و نماء از لحاظ مالکیت و تابعیت از صاحب بذر و حبه، تبعیت می کند و تعلقی به صاحب ظرف و زمین ندارد.[2]

تفاوت انسان و حیوان در تعلق جنین به صاحب رحم

ولی در مورد حیوان به گونه‌ای دیگر نظر داده‌اند در آنجا تعلق مولود حیوانی به دارنده رحم و ظرف و بستر پرورش جنین بیشتر مورد لحاظ قرار گرفته است. ماده ۳۴ قانون مدنی می گوید:

«نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالك مادر شد، (باشد) مالك نتاج آن هم خواهد شد».

یعنی مولود حیوانی در تعلق و مالکیت به صاحب نطفه نر تبعیت نمی کند و بلکه تعلق آن به صاحب رحم و جنین است. در همین راستا بنگرید کلام امام خمینی(ره) در باب غصب را که می گویند:

«اگر کسی حیوان نری را غصب کرد و آن را بر حیوان ماده جهاند و در نتیجه حیوان ماده حمل برداشت و بچه آورد، بچه مال صاحب حیوان ماده است و فقط باید اجرت استفاده از حیوان نر را به صاحب آن بدهد.»[3]

هر چند در اینجا حیوان ماده علاوه بر اینکه ظرف و بستر پرورش جنین است تکوّن

---

۱. تحریر الوسیله، امام خمینی(ره)، ج ۲، کتاب الغصب، مسأله ۴۴ و ۵۲ و ص ۱۸۶ و ۱۸۹.

۲. در قانون مدنی فرانسه اصلاحی سال ۱۹۶۰ ترتیب دیگری پذیرفته شده که می توان گفت تبعیت محصولات به عمل آمده در زمین شخص را ولو از حبه و اصله دیگری به مالك زمین پذیرفته است، ماده ۵۵۴ قانون مدنی فرانسه اصلاحی سال ۱۹۶۰ می گوید: «اگر مالك زمین با مواد متعلق به دیگری در زمین خود ساختمان بسازد یا کشت و کار کند باید قیمت یوم الاداء مواد را به صاحب آن بپردازد ولی صاحب مواد حق قلع آنها را ندارد» و ماده ۵۵۵ می گوید: «اگر شخصی در زمین متعلق به دیگری ساختمان کرد یا کشت و زرع نمود، صاحب زمین می تواند قلع آنها را بخواهد و نیز می تواند مالکیت آنها را حفظ کرده و قیمت را به صاحب مواد بپردازد...».

۳. تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب الغصب، مسأله ۵۲، ص ۱۹۰، و «اما لو غصب فحلا فانزاه علی الانثی و اولدها کان الولد لصاحب الانثی و ان کان هو الغاصب و علیه اجرة الضراب».

جنین از تخمك او نیز می‌باشد، ولی ظاهراً اگر کسی نطفه حیوان نری را بگیرد و با تخمك حیوان ماده‌ای ترکیب کند و آن را در شکم حیوان ماده خود بگذارد بچه‌ای که متولد می‌شود مال او محسوب می‌شود و اجرت یا قیمت مواد گرفته شده از حیوانات نر و ماده را باید بپردازد. آیا در مورد انسان هم می‌توان چنین کرد و بر این مبنا عمل نمود؟ حداقل در مورد بی‌اعتباری تعلق بچه به نطفه مرد از لحاظ فقهی نمی‌توان چنین نظری داد زیرا در آن زمان که مالکیت برده رسمیت داشت و با انسان مملوك مانند حیوان از لحاظ مال و مملوك بودن رفتار می‌شد و بچه او هم خودبخود برده به حساب می‌آمد. چنین فرعی در فقه مطرح بود که اگر غلامی و کنیزی که هر کدام متعلق به مالکی هستند ازدواج کنند وبچه‌ای به دنیا بیاید، بچه که خودبخود مملوك است مشترکاً متعلق به صاحبان برده و کنیز می‌باشد نه مال صاحب کنیز و مادر (چنانکه در حیوانات بود) شهید ثانی در شرح لمعه با طرح این فرع و حکم آن می گوید علت این امر این است که در اینجا بچه نماء ملك صاحب غلام و کنیز هر دو به حساب می‌آید و هیچکدام بر دیگری مزیت ندارد، برخلاف باقی حیوانات که در آنجا نسب معتبر نیست و نماء و تبعیت صرفاً ملحق به مادر است.[۱] به هر صورت در مورد انسان تبعیت از لحاظ نسب و تعلق تنها از ظرف و بستر جنین و توجه نکردن به اساس و منشأ تکوّن طفل که همان اسپرم مرد و تخمك زن باشد مشکل است.

امام خمینی(ره) نیز این مسأله را در مبحث مربوط به مسائل مستحدثه مطرح نموده و به نتیجه قطعی در مورد ترجیح دوران حمل یا تخمك زن برای الحاق طفل و نسبت فرزند به مادر نرسیده‌اند ولی به نظر می‌رسد بیشتر متمایل‌اند که صاحب تخمك را مادر بشناسند، ایشان می گویند: اگر حمل در حالی که هنوز علقه (به صورت خون‌بسته) یا مضغه (به‌صورت گوشت جویده) است یا بعد از دمیده شدن روح (شکل کامل گرفتن) از رحم زنی به رحم زن دیگر منتقل شود ودر آن رحم نشو و نما نموده و متولد گردد آیا فرزند زن اول محسوب است یا دوم؟ شکی نیست که اگر بعد از کامل شدن خلقت و دمیده شدن روح به

---

۱. شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۳ـ۳۱۱ «...لانه نماء ملکهما فلامزیة لاحدهما علی الاخر و النسب لاحق بهما بخلاف باقی الحیوانات فان النسب غیر معتبر، والنمو و التبعیة فیه لاحق بالام خاصة...»

رحم زن دیگر منتقل شود، فرزند زن اول محسوب می‌شود چنانکه اگر در این حال خارج شود و در یك رحم مصنوعی نگهداری شود، فرزند همان زن خواهدبود. ولی اگر قبل از شکل کامل گرفتن و دمیده شدن روح مثلاً در حال مضغه بودن از رحم زن به رحم زن دیگر منتقل شود، در اینکه بچه متعلق به کدامیك از این دو زن است، مسأله مورد اشکال است، بلی اگر ثابت شود که نطفه زوجین منشأ طفل است ظاهراً باید بچه را ملحق به زوجین نمود.[۱]

آیت‌الله اراکی در پاسخ استفتائی که از ایشان شده بیشتر تمایل به مادر دانستن زن دوم که جنین را حمل کرده نشان داده‌اند ولی نظر قطعی ابراز نکردند که ذیلاً سؤال و پاسخ نقل می‌شود:

س. مردی دارای دو زن است یکی عقیم یکی دارای بچه آیا می‌تواند نطفه زن در رحم زن عقیم قرار دهد وبچه منتسب به زن دوم می‌شود یا نه؟

ج. ممکن است گفته شود جزء اخیر علت تامه درباره زوجه ثانی عقیم محقق شده و مابقی معدّ یعنی نطفه زن اولی معدّ بوده برای دومی، پس اولاد ملحق به دومی است لکن مراعات احتیاط به رعایت علم اجمالی ترك نشود و اجرای حکم امومت هر دو از باب علم اجمالی ترك نشود و انتساب به پدر مسلم است و اصل این عمل جایز است.[۲]

حقیقت این است که در مورد انسان نه می‌توان اسپرم مرد و نه تخمك زن را همچون مالی که هبه یا فروخته می‌شود تلقی کرد چنانکه در حیوان می‌توان چنین کرد و از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب اسپرم و تخمك نمی‌توان چشم پوشید. از سوی دیگر نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماهها در درون او و همچون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف نظر کرد، مخصوصاً اگر توجه کنیم به تعبیراتی که در قرآن کریم در مورد مراحل مختلفی که پس از

---

۱. تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۶۲۳، مسأله ۱۰: «لو انتقل الحمل فی حال کونه علقة او مضغة او بعد ولوج الروح من رحم امرأة الی رحم امرأة اخری فنشأ فیها و تولد هل هو ولد الاولی او الثانیة لاشبهة فی انه من الاولی اذا انتقل بعد تمام الخلقة وولوج الروح، کما انه لااشکال فی ذالك اذا اخرج و جعل فی رحم صناعیة وربی فیها و اما لو اخرج قبل ذالك حال مضغته مثلا ففیه اشکال نعم لو ثبت ان نطفة الزوجین منشاء للطفل فالظاهر الحاقه بهما سواء انتقل الی رحم المرأة او رحم صناعیة.»

۲. رساله توضیح المسائل، آیت‌الله اراکی، ص ۵۹۸، استفتائات.

قرار گرفتن نطفه در رحم زن (به تعبیر قرآن: قرار مکین) طی می کند تا شکل کامل انسانی می گیرد. یعنی ابتدا که به صورت مایعی است و نطفه نام دارد پس از چندی در رحم به شکل علقه (خون بسته) درمی آید و پس از چندی شکل مضغه (قطعه گوشت) به خود می گیرد، پس از چندی استخوان در آن پیدا می شود و بعد بر آن گوشت می گیرد و بعد از طی مراحل آفرینش دیگری به خود می گیرد و به تعبیری روح در آن دمیده می شود و موجود زنده انسانی می گردد. بنگرید آیات ۱۲ تا ۱۴ سوره مؤمنون را: «ولقد خلقنا الانسان من سلالة من طین ثم جعلناه نطفة فی قرار مکین، ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فکسونا العظام لحما ثم انشاء ناه خلقاً آخر فتبارك الله احسن الخالقین».

علامه طباطبایی در تفسیر المیزان در بیان معنای: ثم انشاء ناه خلقا آخر می گویند منظور این است که این موجود استخوانی پوشیده از گوشت، آفرینش دیگری به خود می گیرد بدین معنی که ماده مرده جاهل عاجز به موجود دارای حیات، علم و قدرت تبدیل می شود.[1]

روایات مختلفی نیز بدین مضمون وارد شده که پس از قرار گرفتن نطفه در رحم زن و طی مراحل مختلف علقه و مضغه و استخوان و گوشت که چهار ماه طول می کشد آنگاه روح در آن دمیده می شود و این به معنای انشاء آفرینش دیگری است که درقرآن آمده به عنوان نمونه بنگرید این روایت را: «عن علی(ع) قال: اذاتمت النطفة اربعة اشهر بعث الیها ملك فنفخ فیها الروح فی الظلمات الثلاث فذالك قوله: انشاناه خلقا آخر یعنی نفخ فیه الروح.»[2]

اینکه از لحاظ علمی مسأله ولوج روح پس از چهارماه در موجود انسانیِ قرار گرفته در رحم زن به چه معنی است و آیا این موجود قبل از این حالت، شیئی مرده و فاقد حیات است یا منظور از ولوج روح و انشاء خلق دیگر مفهوم علمی ظریف تری دارد مسأله ای است که ما از آن آگاهی نداریم و دانشمندان و عالمان فن باید آن را تبیین و روشن نمایند. اگر واقعاً روح انسانی و خلقت انسانی گرفتن در رحم مادر پس از طی مراحل در پیش گفته شده باشد و قبل از آن جنین فقط یك شئ باشد، نقش صاحب رحم در تکوّن طفل انسانی شاید

---

۱. المیزان فی تفسیر القرآن، علامه طباطبایی، ج ۱۵، ص ۱۹.
۲. همان، ص ۲۲.

مهمتر تلقی گردد و باید او را مادر به حساب آورد.

به علاوه تعبیر قرآن کریم به اینکه مادران افراد تنها زنانی هستند که آنها را متولد کرده‌اند «ان امهاتهم الاالائی ولدنهم» (سوره مجادله/ آیه۲)، هرچند در مقام رد کسانی است که با تشبیه زن خود به مادر خویش (ظهار) او را در حکم مادر دانسته و برخود حرام می‌دانستند ولی می‌تواند اشاره‌ای به این معنی باشد که به هرحال آنکه بچه را به دنیا می‌آورد مادر محسوب است. برخی از فقهاء نیز معیار لحوق و عدم لحوق فرزند را به زن ولادت یا عدم ولادت دانسته‌اند، چنانکه صاحب جواهر در قضیه مواقعه مرد با همسرش و مساحقه او با کنیز و حمل برداشتن کنیز می‌گوید: بچه قطعاً به همسر مرد ملحق نمی‌شود زیرا از او متولد نشده است.[۱]

اعمال حکم قرابت رضاعی در مورد انتساب طفل به صاحب رحم

در عین حال شاید بی‌وجه نباشد اگر گفته شود نسب بچه به صاحب اسپرم و تخمك می‌رسد و همان گونه که مرد به لحاظ نشأت گرفتن طفل از اسپرم او پدر محسوب می‌شود، زن دهنده تخمك نیز مادر محسوب است و زنی که جنین را در شکم خود پرورش داده نیز عنوان مادری دارد ولی حکم مادر رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه بین او و بچه محرمیت و حرمت نکاح به‌وجود می‌آید همان گونه که در قرابت رضاعی، این وضع وجود دارد. البته چنین حکمی در قرآن و سنت و مباحث فقهی سابقه ندارد و مطرح نشده ولی حال که چنین پدیده‌ای مصداق خارجی پیدا کرده، بعید نیست بتوان گفت همان ملاکی که در مورد قرابت رضاعی وجود دارد و طفل در اثر شیر خوردن از پستان زن حکم فرزند او را پیدا می‌کند و همانند فرزند نسبی محرمیت و حرمت نکاح برایش ایجاد می‌شود در اینجا هم که آن ملاك قوی‌تر است حداقل حکم قرابت رضاعی برقرار شود. برخی از فقهاء تصریح کرده‌اند که رابطه رضاع از سنخ رابطه نسب است و ماهیت تکوّن و نشأت گرفتن یکی از دیگری را دارد، فرزند موجودیت خود را از پدر و مادرش می‌گیرد و ماده اصلی او از ماده و الدین نشأت گرفته است و شاید رضاع نیز باتوجه به

---

۱. جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۳۹۸.

شرایطی که باید داشته باشد تا موجب قرابت رضاعی باشد (مستقیماً از پستان شیر خوردن و در حدی که موجب سفتی استخوان و روئیدن گوشت شود...) در برقراری این نوع ارتباط و اشتقاق نقش داشته باشد هر چند از لحاظ نوع رابطه و سنخ منشأ بودن در مرتبه پایین تری قرار دارد و لذا در بعضی از احکام با نسب یکی است (چون محرمیت و مانعیت نکاح) و در بعضی از احکام با آن فرق دارد[1] (چون ارث) اگر مشکل باطل بودن قیاس مستنبط العلة نباشد، منطقاً می توان با ملاحظه حکمت مربوط به قرابت رضاعی و شدیدتر بودن ملاك موجود در رضاع در مورد حمل، حکم قرابت رضاعی را بین فرزند و زنی که فقط حمل او را به عهده داشته برقرار کرد.[2]

اما شق دیگری که در مورد باروری مصنوعی به زن مربوط می شود این است که زن و شوهری بچه دار نمی شوند و معلوم می شود اشکال از سوی زن است ولی زن دارای تخمك هست اما رحمش قدرت نگهداری و پرورش جنین را ندارد. اسپرم مرد و تخمك زن را می گیرند و در خارج از رحم با هم ترکیب می کنند و آن را در رحم زن دیگری که برای پذیرفتن این نطفه و پرورش آن در رحم خود آمادگی دارد قرار می دهند. بچه ای که بدین طریق متولد می شود مبدأ و تکوّنش از اختلاط نطفه زن و شوهر (اسپرم و تخمك) است بنابراین علی القاعده باید از لحاظ نسبی فرزند آنها محسوب شود و زنی که جنین را در رحم خود پرورش می دهد همانند دایه ای است که بچه ای را برای شیر دادن تحویل می گیرد و پس از آنکه دوران شیر دادن بچه کامل شد او را تحویل والدینش می دهد. در واقع زن همانند اجیری است که برای پرورش دادن نطفه متعلق به دیگری اجیر شده است و اگر برای صرف دوران بارداری چنانکه در مبحث پیش گفته شد نقشی در ایجاد نسب مادری قائل نباشیم باید پس از وضع حمل، بچه را به والدین او یعنی صاحبان اسپرم و تخمك دهد و خود حکم مادر رضاعی را برای طفل دارد.

شاید بتوان گفت ماهیتاً این عمل منعی ندارد و ذاتاً عنوان عمل نامشروع و حرام بر آن صدق نمی کند ولی اگر قرار باشد در جامعه عملی گردد، قانون باید ضوابط آن را مشخص و احکام آن را روشن نماید.

---

۱. ر.ك: بلغة الفقیه، سیدمحمد آل بحر العلوم، ج سوم، ص ۱۲۸ـ۱۲۷

۲. برای ملاحظه احتمال این امر ملاحظه کنید اشاره کوتاه آیت الله یزدی در مقاله باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن، مجله فقه اهل بیت، سال دوم، شماره ۶۹۵، بهار و تابستان ۷۵، ص ۱۰۶.

جمع بندی و نتیجه گیری

در مورد باروری مصنوعی به نظر می‌رسد افراط و تفریط وجود دارد؛ در حالی که عده‌ای حتی تلقیح مصنوعی اسپرم مرد را به همسر قانونی خود با وسایل پزشکی مجاز نمی‌دانند، برخی تمام شقوق متصوره آن را مجاز اعلام می کنند. آیت الله یزدی در مقاله‌ای که قبلاً از آن یاد شد، بیش از ۱۵ صورت را در زمینه تلقیح مصنوعی مطرح می کنند و حکم به جواز و ممنوع نبودن همه آن شقوق می‌دهند حتی مراجعه زن به بانکهایی که نطفه مردان و زنانی را نگهداری می کنند و گرفتن و کاشتن نطفه مرد را در رحم زن مجاز می داند با اینکه صاحب نطفه معلوم نیست و بچه‌ای که بدین ترتیب متولد می‌شود نه با این زن و شوهر او نسب دارد چرا که از اسپرم و تخمك آنها نشأت نگرفته و نه پدر و مادر طبیعی او معلوم است چرا که دهنده نطفه معلوم و مشخص نیست. ایشان صرفاً بدین استناد که این عمل یعنی قرار دادن نطفه غیر ولو ناشناس در رحم زن، زنا محسوب نمی‌شود عمل را مجاز دانسته و بچه‌ای را هم که از این طریق متولد می‌شود، بچه نامشروع نمی‌داند ولی در عین حال زن و شوهر گیرنده نطفه را مادر و پدر بچه نمی‌شناسد و با این وصف معلوم نیست حکم حضانت و نفقه و ارث و محرمیت و حرمت نکاح باتوجه به اینکه در نظام حقوقی ما بسیاری از این امور قراردادی نیستند، چه می‌شود و چگونه می توان بدون اندیشیدن به عواقب آن فتوای جواز و صحّت این عمل را صادر کرد. در قبال نظر خشك و انعطاف‌ناپذیر دسته اول که بی‌جهت موجب محرومیت برخی از زوجین از برخورداری از نعمت فرزند می‌شود، این نظر مطلق دسته دوم، تولید نسل انسان را در ردیف تولید نسل در حیوانات قرار می‌دهد. همان گونه که در حیوانات غرض تکثیر نسل و زاد و ولد حیوان آن هم به صورت سالم مطرح است و دیگر اینکه نطفه کدام حیوان نری به کدام حیوان ماده‌ای تزریق شود مسأله نیست، اطلاق نظر دوم، انسان را نیز بدین سمت سوق می‌دهد، در نتیجه دیگر طهارت نسل و جلوگیری از اختلاط انساب، مفهومی نخواهد داشت. حتی اگر زنی دارای شوهر بوده و مشکلی هم برای بچه‌دار شدن از شوهرش نداشته باشد ولی چون شوهر دارای قیافه و رنگ و روی مناسبی نیست و می ترسد بچه زشتی به دنیا آورد به یکی از این بانکهای نطفه مراجعه می کند و نطفه‌ای از نژاد سفیدپوست خوش تیپ را به وسایل پزشکی

در رحم خود قرار می‌دهد تا بچه‌ای که به دنیا می‌آید سفید و خوشگل باشد، چون عمل مزبور از مصادیق زنا محسوب نمی‌شود، طبق نظر فوق اشکالی و منعی ندارد ولی آیا می‌توان این ترتیب را تجویز کرد در حالی که حداقل در نظام مذهبی و اخلاقی ما در خصوص خانواده بر پاکی و طهارت نسل تأکید فراوان شده و حتی حکمت حرمت زنا و ممنوعیت زن از داشتن بیش از یك شوهر جلوگیری از اختلاط نسل ذکر شده است. حضرت علی(ع) در نهج البلاغه به هنگام برشمردن برخی از احکام اسلام و حکمت آنها می‌فرماید: «... خداوند زنا را به خاطر حفظ نسب نهی کرد و ترك آن را واجب نمود...»[۱]

به هر رو به نظر می‌رسد ابعاد مسأله نه از نظر فقهی و حقوقی و نه از نظر عملی و نه از نظر تأثیرات اجتماعی به طور صحیح تشریح نشده است. متخصصین روشهای نوین ناباروری باید روشهای مختلف قابل عمل را کاملاً باز و تبیین نمایند. اثرات ژنتیکی روشهای گوناگون تلقیح اسپرم و تخمك نیز باید بررسی شود و احیاناً آثار اجتماعی این نوع زاد و ولدها و رواج آن نیز مورد بررسی قرار گیرد آنگاه فقهاء با تکیه بر این دانسته‌ها و تشخیص‌های موضوعی و باتوجه به مبانی فقهی در مورد نسب و آثار و احکام آن و نه صرفاً به استناد زنا محسوب نشدن اصل عمل، حکم فقهی را بیان نموده و قانونگذار حدود و ضوابط آن را دقیقاً مشخص نماید.

در تدوین مقررات قانونی نکات زیر باید مورد توجه قرار گیرد:

۱. تلقیح اسپرم مرد به همسر خود یا ترکیب آن با تخمك همسر در خارج از رحم و بعد قراردادن آن در رحم و یا به طرق علمی دیگر از قبیل میکرواینجکشن به هر حال، اسپرم را بارور کردن و در رحم همسرش قراردادن علی الاصول مانعی ندارد و بچه حاصل از این عمل نسبش به مرد و زن می‌رسد و از همه حقوق و تکالیف فرزندی برخوردار است.

۲. تا هنگامی که بتوان زن و شوهر را معالجه کرد و موجبات بارداری آنها را از یکدیگر فراهم نمود، نباید سراغ گرفتن اسپرم یا تخمك دیگری رفت.

---

۱. نهج‌البلاغه، فیض‌الاسلام، ص ۱۱۹۷، باب المختار من حکم امیرالمؤمنین(ع) شماره ۲۴۴: «فرض الله الایمان تطهیرا امن الشرك... و ترك الزنا تحصینا للنسب».

۳. در صورت تجویز تلقیح اسپرم و تخمك دیگر، تنها این عمل برای مرد و زن که مدتی با هم زندگی زناشویی داشته و بچه‌دار نشده‌اند و خواستار فرزند هستند صورت گیرد و نه برای زن مجرد و بدون شوهر.

۴. در صورت مجاز شدن اصل عمل، از دادن اسپرم و تخمك ناشناس به زن و شوهر عقیم طالب فرزند باید خودداری شود. دهنده نطفه و گیرنده آن باید مشخص باشند تا از اختلاط نسل و نسب جلوگیری شود.

۵. در مورد عقیم بودن مرد و درخواست تلقیح اسپرم مرد بیگانه به همسر او نباید به‌صرف عدم صدق عمل زنا، آن را مجاز دانست بلکه باید ابتدا مسأله نسب و احکام آن را در این خصوص حل کرد و آنگاه آن را مجاز شمرد بنابراین در این صورت یا باید مسأله فرزندخواندگی را مجاز دانست و بر آن آثار قانونی مترتب کرد (که ظاهراً در نظام حقوقی ما چنین امری امکان‌پذیر نیست) یا حداقل مسأله حضانت و ولایت قانونی را با موافقت و تعهد شوهر زن به حکم قانون به او داد. مسأله محرمیت و مانعیت نکاح بچه با شوهر زن را نیز به لحاظ فرزند زن بودن و حکم قرابت رضاعی پیدا کردن می‌توان مشخص نمود. ولی مسأله توارث بین فرزند با دهنده نطفه و ممنوعیت نکاح با او علی‌القاعده جای خود باقی است. به‌علاوه از شوهر زن نیز ارث نمی‌برد، چون ارث یك جعل شرعی قانونی است و به موجب نسب یا سبب برقرار می‌شود در هر صورت با در نظر گرفتن همه این نکات می‌توان آن را مجاز شمرد و ضوابط و احکام و آثارش را بیان کرد و اگر این ترتیب قابل حل نباشد، باید آن را ممنوع دانست.

۶. در صورت عقیم بودن زن برای ترکیب و تلقیح اسپرم شوهر با تخمك زن دیگر و قرار دادن آن در رحم زن باید وضعیت نسب بچه، نسبت به این دو زن معلوم شود و مشخص گردد کدامیك مادر بچه محسوب و حقوق و تکالیف مادری را نسبت به او دارند، یکی از احتمالات این است که همسر مرد که جنین را در رحم خود نگه‌داشته، حکم مادر رضاعی داشته باشد که طبعاً محرمیت و ممنوعیت نکاح در پی آن خواهد آمد و حکم حضانت و عنداللزوم نفقه (مثلاً در صورت فوت پدر و یا عدم استطاعت او) نیز با موافقت و تعهد زن و به موجب قانون به او داده شود ولی زن دهنده تخمك مادر طبیعی طفل محسوب و در نتیجه

توارث و ممنوعیت نکاح بین آنها برقرار باشد. به هر صورت وضعیت این موارد در قانون مشخص گردد.

۷. در صورتی که به لحاظ ناتوانی زن از نگهداری جنین در رحم خود، اسپرم شوهر با تخمك زن ترکیب و در رحم زن دیگر قرارداده شود که پس از وضع حمل بچه به زوجین تحویل گردد، باید علاوه بر ملاحظه مصالح اجتماعی در تجویز این عمل همانند صورت قبل نسب بچه به دو زن فوق مشخص گردد در اینجا یکی از احتمالات این است که زن صاحب رحم از لحاظ محرمیّت و مانعیّت نکاح حکم مادر رضاعی را داشته باشد ولی زن دهنده تخمك مادر طبیعی محسوب و تمام آثار و احکام مربوط به مادر فرزندی بر او بار باشد.

طبعاً روشهای دیگر و احکام مختلف قانونی دیگری بر این قضیه مترتّب است که شرح و بررسی همه آنها نه در توان و نه در حوصله این قلم و این مقال است ولی به نظر می‌رسد نکات اصلی و عمده مطرح شده است که امید است مورد عنایت صاحب نظران و متولیان افتا و تقنین قرار گیرد. *

---

* . این مقاله در شماره ۲۰ ـ ۱۹ مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی در بهار ۱۳۷۶ منتشر شده است.

فهرست منابع

به غیر از «قرآن مجید» و «نهج البلاغه» که در مباحث این کتاب، به آنها استناد شده است، کتابهای مختلف حقوقی، فقهی، تاریخی، تفسیری و مجموعه‌های قوانین داخلی و خارجی به زبانهای فارسی، عربی، انگلیسی و فرانسه مورد استفاده قرار گرفته‌اند که اهم آنها بر اساس نام کتاب معرفی می‌شوند:

الف- فارسی

۱- **ادوار فقه**: استاد محمود شهابی، وزارت ارشاد، چاپ دوم، تابستان ۱۳۶۶، جلد ۱.

۲- **بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران**: دکتر حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۷۶.

۳- **ترجمه و شرح نهج البلاغه**: محمدجعفر امامی و محمدرضا آشتیانی، زیر نظر آیت‌الله مکارم شیرازی، انتشارات مطبوعاتی هدف، قم، چاپ ششم، بی تا، جلد ۱.

۴- **تحلیل فقهی حقوق خانواده**: دکتر سیدمصطفی محقق داماد، چاپ اول، پائیز ۱۳۶۵.

۵- **حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران**: دکتر حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴.

۶- **حقوق خانواده**: دکتر حسین صفائی و دکتر اسدالله امامی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، جلد ۱.

۷- **حقوق خانواده**: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵.

۸- **حقوق خانواده**: دکتر ناصر کاتوزیان، چاپ دوم، ۱۳۶۸، جلد ۱ و ۲.

۹- **حقوق مدنی ایران**: دکتر سیدعلی شایگان، کتاب اول، تهران، ۱۳۲۴.

۱۰- **حقوق مدنی**: دکتر سیدحسن امامی، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، جلد ۱، چاپ سوم ۱۳۴۰ و جلد ۴، چاپ دوم ۱۳۴۲.

۱۱- **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**: دکتر ناصر کاتوزیان، جلد ۵، آذر ۱۳۶۹.

۱۲ـ دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی: دکتر حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۱۳ـ روان شناسی تفاوتهای فردی: دکتر حمزه گنجی، انتشارات بعثت، چاپ چهارم، ۱۳۷۳.
۱۴ـ روان شناسی عمومی: اسپنسرا. راتوس، ترجمه دکتر حمزه گنجی، چاپ اول، ۱۳۵۷، جلد ۲.
۱۵ـ صحیفه نور: مجموعه سخنرانیها و اعلامیه‌های امام خمینی، مرکز مدارك فرهنگی انقلاب اسلامی، بهمن ماه ۱۳۶۱، جلد ۱۰.
۱۶ـ مجمع المسائل: آیت‌الله حاج سیدمحمدرضا گلپایگانی، دارالقرآن الکریم، قم، خرداد ۱۳۶۳، جلد ۲.
۱۷ـ مجموعه نظریات شورای نگهبان: دکتر حسین مهرپور، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱، جلد ۱، ۲ و ۳.
۱۸ـ مختصر حقوق خانواده: دکتر صفائی و دکتر امامی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
۱۹ـ مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه: دکتر اسدالله امامی، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
۲۰ـ موجبات و آثار طلاق در حقوق ایران، مصر، فرانسه و شوروی: دکتر عبدالعلی صابری صفائی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶.
۲۱ـ نظام حقوق زن دراسلام، شهید مرتضی مطهری، انتشارات صدرا.
۲۲ـ نظام بین المللی حقوق بشر: دکتر حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۷.

ب ـ عربی

۱ـ احکام القرآن: ابوبکر محمد بن عبدالله معروف به ابن العربی، تحقیق علی محمد البجاوی، از انتشارات دارالفکر، ۱۹۷۲ میلادی، جلد ۱.
۲ـ احکام القرآن: ابوبکر احمد بن علی الرازی الجصّاص، دارالکتاب العربی، بیروت، بی تا، جلد ۱.
۳ـ احکام القرآن: محمد بن ادریس شافعی، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۰۰ هـ. ق، ۱۹۸۰م.
۴ـ الاحکام السلطانیة والولایات الدّینیة: ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب بصری ماوردی، دارالکتب العلمیة، بیروت، بی تا.
۵ـ الاحوال الشخصیة: امام محمد ابوزهرة، دارالفکر العربی، قاهره، چاپ سوم، ۱۹۵۷.
۶ـ اعلام الموقعین عن ربّ العالمین: ابن قیّم الجوزی، تحقیق و ضبط عبدالرحمن الوکیل، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول ۱۴۱۲ هـ.ق، ۱۹۹۲ م. جلد ۲.
۷ـ اقتصادنا: محمدباقر صدر، چاپ جدید بیروت، ۱۹۷۷م، دارالکتاب اللبنانی.
۸ـ الاستبصار فی مااختلف من الاخبار: شیخ الطایفة ابی جعفر محمد بن الحسن الطوسی معروف به شیخ طوسی، دارالکتب الاسلامیة، تهران ۱۳۹۰ هـ. ق. جلد ۳.
۹ـ ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد: ابوطالب محمدبن یوسف بن المطهر الحلّی معروف به

فخر المحققین، چاپ اول، ۱۳۸۹ هـ.ق، موسسه اسمعیلیان قم، جلد ۴.
۱۰ـ بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار: محمدباقر مجلسی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ سوم، ۱۴۰۳ هـ. ق. ۱۹۸۳ م، جلد ۱۰۳.
۱۱ـ بلغة الفقیه: سیدمحمد آل بحر العلوم، مکتبة الصادق تهران چاپ چهارم، ۱۳۶۲هـ ۱۹۸۴م، جلد ۳.
۱۲ـ تذکرة الفقهاء: جمال الدین الحسن بن یوسف بن علی بن مطهر الحلّی معروف به علامه حلّی، از انتشارات مکتبة مرتضویة، تهران، ۱۳۸۸ هـ. ق، جلد ۲.
۱۳ـ تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید: شیخ طوسی، دار الکتب الاسلامیة، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۵، جلد ۷ و ۱۰.
۱۴ـ تحریر الوسیلة: امام خمینی، سید روح الله موسوی؛ مؤسسه مطبوعاتی دار العلم قم، بی تا، جلد ۲.
۱۵ـ تاریخ الطّبری المعروف بتاریخ الامم و الملوك: امام ابوجعفر محمد بن جریر طبری. مؤسّسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا، جلد ۲.
۱۶ـ التشریع الجنائی مقارنا بالقانون الوضعی: عبدالقادر عودة: دار الکاتب العربی، بیروت، بی تا، جلد ۱ و ۲.
۱۷ـ تفسیر القرآن الحکیم، الشهیر بتفسیر المنار، تألیف: سیدمحمدرشید رضا، تقریرات درس شیخ محمد عبده، چاپ دوم، دار المعرفة بیروت، بی تا، جلد ۲، ۳، ۴ و ۵.
۱۸ـ جامع المقاصد فی شرح القواعد: علی بن حسین کرکی محقق ثانی معروف به محقق کرکی، مؤسسة آل البیت، قم، ۱۴۱۱ هـ. ق جلد ۱۲.
۱۹ـ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام: شیخ محمد حسن نجفی معروف به صاحب جواهر، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم: ۱۹۸۱ م. جلدهای ۳۳ـ۲۹ و ۴۳ـ۴۰.
۲۰ـ الحدائق النّاضرة فی احکام العترة الطاهرة: شیخ یوسف بحرانی، دار الاضواء بیروت، ۱۴۰۵ هـ. ق، ۱۹۸۵ م، جلد ۲۳.
۲۱ـ الحلال و الحرام فی الاسلام: دکتر یوسف القرضاوی با تعلیقه شیخ حسن محمدتقی جواهری، از انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ. ق، ۱۹۸۹ م.
۲۲ـ کتاب الحدود: آیت الله حسینعلی منتظری از انتشارات دار الفکر قم، جلد ۱.
۲۳ـ کتاب الخلاف: شیخ طوسی، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ (هـ.ق) جلد ۳.
۲۴ـ دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة: آیت اللّه حسینعلی منتظری. ناشر: المرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ.ق، جلد اول.
۲۵ـ الدروس الشرعیة فی فقة الامامیة: محمدبن مکی عاملی، معروف به شهید اول، انتشارات صادقی،

قم، بی تا.
۲۶ـدعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضایا و الاحکام عن اهل بیت رسول اللّه علیه و علیهم افضل السلام: قاضی ابوحنیفه، نعمان بن محمد تمیمی مغربی، دار الاضواء بیروت چاپ اول: ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱۹۹۱ م، جلد ۲.
۲۷ـالدّفاع الشّرعی فی الشّریعة الاسلامیة: دکتر داود العطّار، الدار الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۰۱ هـ.ق، ۱۹۸۱ م.
۲۸ـرسالة بدیعة فی تفسیر آیة: الرجال قوامون علی النّساء... علامه سیدمحمدحسین، حسینی تهرانی، ۱۳۹۹ هـ.ق، تکثیر شده به صورت خطّی.
۲۹ـالروضة البهیّة فی شرح اللّمعة الدمشقیّة: زین الدّین الجبعی العاملی، معروف به شهید ثانی، تحقیق سیدمحمد کلانتر، دار العالم الاسلامی، بی تا، جلد۵، ۶، ۹ و ۱۰.
۳۰ـکتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی: ابوجعفر محمدبن منصور بن احمدبن ادریس الحلّی معروف به ابن ادریس، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ هـ.ق، جلد ۲.
۳۱ـسنن ابن ماجه: الحافظ ابوعبدالله محمدبن یزیدالقزوینی، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، دار احیاء التراث العربی، بی تا، جلد ۱ و ۲.
۳۲ـالسّیرة النبویة، معروف به سیره ابن هشام: ابو محمدعبدالملك بن هشام بن ایوب الحمیری مصر، ۱۳۰۰ هـ.ق، ۱۹۳۶ م، جلد ۴ـ۳.
۳۳ـشرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام: ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن معروف به محقق حلی، انتشارات استقلال، تهران؛ ۱۳۷۳.
۳۴ـشرح المجلة: سلیم رستم باز لبنانی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ سوم، بی تا.
۳۵ـشرح فتح القدیر: کمال الدین محمدبن عبدالواحد، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا، جلد ۶ و ۹.
۳۶ـصحیح البخاری: ابوعبداللّه محمدبن اسمعیل البخاری، دار المعرفة، بیروت، بی تا، جلد ۳.
۳۷ـالعروة الوثقی: سیدمحمدکاظم طباطبائی یزدی، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۴ هـ.ق، ۱۹۸۴ م.
۳۸ـعلل الشّرایع: ابوجعفر محمدبن علی بن الحسین بن موسی بن بابویه القمی معروف به شیخ صدوق؛ دار احیاء التّراث العربی: ۱۳۸۵ هـ.ق، ۱۹۶۶ م.
۳۹ـعوائد الایّام: مولی احمد نراقی، مکتبة بصیرتی قم، چاپ سوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۴۰ـالفروع من الکافی: ثقة الاسلام ابوجعفر محمدبن یعقوب الکلینی، دار الکتب الاسلامیّة، چاپ سوم، بهار ۱۳۶۷، جلد ۵ و ۶.

۴۱ـ فقه القرآن: قطب‌الدين ابوالحسين سعيد بن هبة‌اللّه الراوندى (قطب راوندى)، مطبعة الولاية، قم، ۱۴۰۵ هـ.ق، جلد ۱.

۴۲ـ فقه القضاء: سيدعبدالكريم موسوى اردبيلى، منشورات مكتبة امير المؤمنين، ۱۴۰۸ هـ.ق.

۴۳ـ الفقه على المذاهب الاربعة: عبدالرحمن الجزيرى، دار احياء التراث العربى، چاپ هفتم، ۱۴۰۶ هـ.ق، ۱۹۸۶ م، جلد ۴ و ۵.

۴۴ـ الفقه على المذاهب الخمسة: محمدجواد مغنية، چاپ هفتم، ۱۹۸۲ م.

۴۵ـ الفقه الاسلامى وادلّته: دكتر وهبة زحيلى، چاپ سوم، دمشق ۱۹۸۴ م، جلد ۶ و ۷.

۴۶ـ الكافى فى الفقه: تقى‌الدين ابوالصلاح حلبى، تحقيق رضا استادى، منشورات مكتبة‌امير المؤمنين على (ع)، اصفهان، ۱۳۶۲.

۴۷ـ الكشّاف عن حقايق غوامض التنزيل و عيون الاقاويل فى وجوه التأويل: محمود بن عمر زمخشرى، دار الكتاب العربى، بيروت، چاپ سوم، ۱۴۰۷ هـ.ق، ۱۹۸۷ م، جلد ۱ و ۴.

۴۸ـ كشف اللّثام: فاصل هندى از انتشارات كتابخانه آيت‌الله نجفى، قم، جلد ۲.

۴۹ـ كنزالعرفان فى فقه القرآن: فاضل مقداد، تهران، ۱۳۱۱ هـ.ق.

۵۰ـ كنزالعمال فى سنن الاقوال والافعال: علاءالدين المتقى حسام‌الدين الهندى البرهان خورى، مؤسسة‌الرسالة، بيروت، چاپ پنجم، ۱۴۰۵ هـ. ق، ۱۹۸۵ م.

۵۱ـ المبسوط فى فقه الامامية: شيخ طوسى، تحقيق: محمدباقر بهبودى، ناشر: المكتبة المرتضوية لاحياء آثار الجعفرية، بى تا، جلد ۴، ۵، ۷ و ۸.

۵۲ـ مجمع البيان فى تفسير القرآن: ابوعلى فضل بن حسن طبرسى، تصحيح و تعليق سيدهاشم رسولى محلاتى و سيدفضل‌الله يزدى دارالمعرفه، چاپ دوم ۱۴۰۸ هـ. ق، ۱۹۸۸ م، جلد ۱ـ۲ و ۳ـ۴ و ۹ـ۱۰.

۵۳ـ مجمع الفائدة والبرهان فى شرح ارشاد الاذهان: احمد مقدس اردبيلى، مؤسسة النشر الاسلامى، ۱۴۰۹ هـ. ق، جلد ۱۲ و ۱۴.

۵۴ـ مبانى تكملة المنهاج: آيت‌الله سيدابوالقاسم خوئى، دارالزهراء، بيروت، بى تا، جلد ۱ و ۲.

۵۵ـ المسائل المستحدثة: سيدصادق روحانى، انتشارات مكتبه محمدى قم، جلد ۱، چاپ اول، ۱۳۸۵ هـ. ق.

۵۶ـ مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام: شهيد ثانى، مؤسسة‌المعارف الاسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق، جلد ۷، ۸، ۹، ۱۳، ۱۴ و ۱۵.

۵۷ـ مستندالشيعة فى احكام الشريعة: احمدبن محمد مهدى نراقى، انتشارات: المكتبة‌المرتضوية، بى تا، جلد ۲.

۵۸ـ المغنی: عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسی، از انتشارات: عالم الکتب، بیروت، بی تا جلد ۲، ۷ و ۹.
۵۹ـ مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة: سید محمد جواد حسینی عاملی، داراحیاء التراث العربی، بی تا، جلد ۱۰.
۶۰ـ المقنعة: محمدبن محمدبن النعمان معروف به شیخ مفید، مؤسسةالنشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۶۱ـ المکاسب: شیخ مرتضی انصاری، منشورات دارالذخائر، قم، ۱۴۱۱ در سه جلد.
۶۲ـ مکاتیب الرسول: علی بن حسینعلی الاحمدی، نشر یس، بهمن ۱۳۶۳.
۶۳ـ منهاج الصالحین: سیدابو القاسم خوئی، دارالزهراء، بیروت، چاپ بیستم، بی تا، جلد ۲.
۶۴ـ الموسوعة الجنائیة: جندی عبدالملك، بیروت، ۱۹۷۶م، جلد ۱.
۶۵ـ الموطأ: الامام مالك بن انس، تحقیق محمدفؤاد عبدالباقی، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
۶۶ـ المهذب: القاضی عبدالعزیز ابن البرّاج الطرابلسی، مؤسسةالنشر الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق، جلد ۲.
۶۷ـ المیزان فی تفسیر القرآن: علامه سیدمحمدحسین طباطبائی، چاپ تهران، ۱۳۷۶ هـ. ق، جلد ۱، ۲، ۴، ۵، ۱۵ و ۱۹.
۶۸ـ الناصریّات: سیدمرتضی علم الهدی. از: مجموعه: الجوامع الفقهیة، انتشارات جهان، تهران، بی تا.
۶۹ـ نهایة المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام: سیدمحمدعاملی صاحب مدارك، چاپ اول ۱۴۱۳هـ.ق، جلد ۱.
۷۰ـ النّهایة فی مجرّد الفقه و الفتاوی: شیخ طوسی، انتشارات قدس، محمدی، قم، بی تا.
۷۱ـ وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشّریعة: شیخ محمدحسین بن الحسن الحرّالعاملی، چاپ جدید در ۲۰ مجلّد، داراحیاء التراث العربی، بیروت، جلد۵، ۷، ۱۴، ۱۵، ۱۸و ۱۹.
۷۲ـ وسیلة النجاة: سیدابوالحسن موسوی اصفهانی با حاشیة آیت الله گلپایگانی، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۳۷۹هـ.ق، ۱۹۷۷م، جلد۲.
۷۳ـ قانون العقوبات المصری وفقالآخر تعدیلاته، قاهره، چاپ هفتم، ۱۹۹۶م.
۷۴: قانون الزواج فی اندونیسیا، وزارة الشئون الدینیّة، ۱۴۰۷هـ.ق، ۱۹۷۶م.
۷۵ـ الاحوال الشخصیة: النصوص المرعیّة الاجرأ فی لبنان، گردآوری ماهر محمصانی وابتسام مسرة، ۱۹۷۰م.
۷۶ـ قانون الاحوال الشخصیة وتعدیلاته، عراق، چاپ ششم، ۱۹۹۱م.
۷۷ـ قانون الاحوال الشخصیة، سوریه، گردآوری نزاراعرابی.
۷۸ـ قانون الاسرة، الجزایر، قانون شماره ۸۴ـ۱۱ مصوب نهم رمضان ۱۴۰۴هـ.ق.
۷۹ـ قانون الاحوال الشخصیة، کویت، ۱۹۸۴م.
۸۰ـ القوانین الجزائیة والقوانین المکملة، (کویت)، چاپ سوم، بی تا.

ج- انگلیسی

1. *Family law in Malaysia and Singopowr* /Ahmad Ibrahim / 2 Nd Edition / 1984.

2. *Status of International Instruments* / united Nations / New York 1987.

3. *Law Made Simple*: C.F. Padfield. LLB. DPA/Seventh edition, 1989.

4. *The United Nations and Human Rights*, 1945. 1995 / Blue Books series: United Nations, publication.

5. *Platform for Action and the Beijing Dedaration* / United Nations, NewYork 1996.

6. *The Oxford Companion to Law*, David M. Walker 1980.

7. *Federal Constitution of Malaysia* as at April 1986.

د- فرانسه

1. *Droit Civil*, les personnes, la famille, les incapacités Alex Weill, Troisieme édition, Dalloz: 1972.

2. *Les Musulmans face aux Droit de l'homme*, Sami Aldeeb. Bochum 1994.

3. *Code Civil* (France) Dalloz 1995 - 96.

4. *Code Pénal* (France) Nouveau code pénal, Ancien code pénal. / Dalloz 1995 - 96.

5. *Code Civil* Suisse / Edité par la Chancellerie fédéral, 1988.

پیوست‌ها

کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان

مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد طی قطعنامه شماره ۳۴/۱۸۰ مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ (۲۸ آذر ۱۳۵۸) که در تاریخ سوم سپتامبر ۱۹۸۱ (۱۳ شهریور ۱۳۶۰) با توديع بيستمين سند تصويب از سوی دولتها به دبیر کل سازمان ملل متحد طبق ماده ۲۷ قدرت اجرایی پیدا کرده است.

مقدمه

دول عضو کنوانسیون حاضر،

با عنایت به اینکه منشور ملل متحد بر پایبندی به حقوق اساسی بشر، کرامت و ارزش هر فرد انسانی و برابری حقوق زن و مرد تأکید دارد.

با عنایت به اینکه اعلامیه جهانی حقوق بشر اصل قابل قبول نبودن تبعیض را تأیید نموده، اعلام می‌دارد که کلیه افراد بشر آزاد به دنیا آمده و از نظر منزلت و حقوق یکسان بوده و بدون هیچگونه تمایزی، از جمله تمایزات مبتنی بر جنسیت، حق دارند از کلیه حقوق و آزادیهای مندرج در این اعلامیه بهره‌مند شوند،

با عنایت به اینکه دول عضو میثاقهای بین‌المللی حقوق بشر متعهد به تضمین حقوق برابر زنان و مردان در بهره‌مندی از کلیه حقوق اساسی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و سیاسی می‌باشند،

با در نظر گرفتن کنوانسیونهای بین‌المللی که تحت نظر سازمان ملل متحد و سازمان‌های تخصصی به منظور پیشبرد تساوی حقوق زنان و مردان منعقد گردیده‌اند،

همچنین با عنایت به قطعنامه‌ها، اعلامیه‌ها و توصیه‌هایی که توسط ملل متحد و سازمانهای تخصصی برای پیشبرد تساوی حقوق زنان و مردان تصویب شده است،

در عین حال، با نگرانی از اینکه به رغم این اسناد متعدد، تبعیضات علیه زنان همچنان به طور گسترده ادامه دارد،

با یادآوری اینکه تبعیض علیه زنان ناقض اصول برابری حقوق و احترام به کرامت انسانی است و مانع شرکت زنان در شرایط مساوی با مردان در زندگی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی کشور و نیز گسترش سعادت جامعه و خانواده شده و شکوفایی کامل قابلیت‌ها و استعدادهای زنان در خدمت به کشور و بشریت را دشوارتر می‌نماید،

با نگرانی از اینکه در شرایط فقر و تنگدستی زنان از حداقل امکان دسترسی به مواد غذایی، بهداشت، تعلیم و تربیت و فرصتهای شغلی و سایر نیازها برخوردارند،

با اعتقاد بر اینکه تأسیس نظام نوین اقتصاد بین‌الملل بر اساس مساوات و عدالت در تحقق پیشبرد برابری بین مردان و زنان نقش مهمی را ایفاء می‌نماید،

با تأکید بر اینکه ریشه کن کردن آپارتاید، اشکال مختلف نژادپرستی، تبعیض نژادی، استعمار، استعمار نو، تجاوز، اشغال و سلطه و دخالت خارجی در امور داخلی دولتها مستلزم تحقق کامل حقوق مردان و زنان می‌باشد،

با تأیید بر اینکه تحکیم صلح و امنیت بین‌المللی، تشنج‌زدایی بین‌المللی، همکاری‌های متقابل دول صرف‌نظر از نظام‌های اجتماعی و اقتصادی آنان، خلع سلاح کامل و عمومی و بویژه خلع سلاح اتمی تحت نظارت و کنترل دقیق و مؤثر بین‌المللی، تأکید بر اصول عدالت، مساوات و منافع متقابل در روابط بین کشورها و احقاق حق مردم تحت سلطه استعمار و بیگانه و اشغال خارجی به دستیابی به حق تعیین سرنوشت و استقلال و همچنین احترام به حاکمیت ملی و تمامیت ارضی باعث توسعه و پیشرفت اجتماعی خواهد شد و در نتیجه به دستیابی به مساوات کامل بین مردان و زنان کمك خواهد کرد،

با اعتقاد بر اینکه توسعه تمام و کمال یك کشور، رفاه جهانی و برقراری صلح مستلزم

شرکت یکپارچه زنان در تمام زمینه‌ها در شرایط مساوی با مردان است،

با یادآوری سهم عمده زنان در تحقق رفاه خانواده و پیشرفت جامعه، که تا کنون کاملاً شناسایی نشده است، اهمیت اجتماعی مادری و نقش والدین در خانواده و در تربیت کودکان، و با آگاهی از اینکه نقش زنان در تولید مثل نباید اساس تبعیض قرار گیرد بلکه تربیت کودکان مستلزم تقسیم مسئولیت بین زن و مرد و جامعه به طور کلی می‌باشد،

با اطلاع از اینکه تغییر در نقش سنتی مردان و زنان در جامعه و خانواده برای دستیابی به مساوات کامل میان زنان و مردان ضروری است،

با عزم بر اجرای اصول مندرج در اعلامیه محو تبعیض علیه زنان و در این راستا اتخاذ اقدامات ضروری برای از میان برداشتن این گونه تبعیض‌ها در کلیه اشکال و صور آن، بر مقررات زیر توافق کرده‌اند:

بخش ۱

مادهٔ ۱

از نظر این کنوانسیون، عبارت: «تبعیض علیه زنان»، به معنی قائل شدن هر گونه تمایز، استثناء یا محدودیت بر اساس جنسیت است که بر به رسمیت شناختن حقوق بشر زنان و آزادیهای اساسی آنها و بهره‌مندی و اعمال آن حقوق، برپایه مساوات با مردان، صرف‌نظر از وضعیت تأهل آنها، در تمام زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و دیگر زمینه‌ها اثر مخرب دارد یا اصولاً، هدفش از بین بردن این وضعیت است.

مادهٔ ۲

دولتهای عضو، تبعیض علیه زنان را به هر شکل محکوم می‌نمایند و موافقت می‌نمایند بدون درنگ، به طرق مقتضی، سیاست رفع تبعیض علیه زنان را تعقیب نمایند و بدین منظور، بر امور زیر تعهد می‌نمایند:

الف: گنجاندن اصل مساوات زن و مرد در قانون اساسی یا دیگر قوانین متناسب داخلی خود، اگر تاکنون چنین کاری انجام نشده و حصول اطمینان از تحقق عملی این اصل، از طریق وضع قانون (منظور قوانین عادی لازم الاجراست) و طرق مناسب دیگر.

ب: اتخاذ تدابیر قانونی و غیره از جمله وضع ضمانت اجراهای مناسب به منظور جلوگیری از اعمال تبعیض علیه زنان.

ج: حمایت قانون از حقوق زنان بر اساس تساوی با مردان و حصول تضمین و اطمینان از حمایت مؤثر زنان علیه هر نوع تبعیض، از طریق دادگاههای صالح ملی و دیگر مؤسسات عمومی.

د: خودداری از انجام هر گونه اقدام و عمل تبعیض آمیز علیه زنان و تضمین اینکه مقامات و مؤسسات عمومی بر طبق این تعهد عمل نمایند.

هـ: اتخاذ هر گونه اقدام مناسب برای رفع تبعیض علیه زنان توسط هر فرد، سازمان یا مؤسسه.

و: اتخاذ تدابیر لازم، از جمله تدابیر قانونگذاری، برای تغییر یا لغو قوانین، مقررات، عادات و عملکردهایی که نسبت به زنان تبعیض آمیز هستند.

ز: نسخ کلیه مقررات کیفری داخلی که تبعیض علیه زنان را در بردارند.

مادهٔ ۳

دولتهای عضو در همه زمینهها، مخصوصاً در زمینههای سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، تمام اقدامات لازم از جمله قانونگذاری را اعمال خواهند کرد، تا از توسعه و پیشرفت کامل زنان اطمینان حاصل کنند و در نتیجه، برخورداری زنان را از حقوق بشر و آزادیهای اساسی برپایه تساوی با مردان تضمین کنند.

مادهٔ ۴

۱ـ پذیرش تدابیر ویژه موقتی که به منظور تسریع برابری موقت میان مردان و زنان توسط دولتهای عضو صورت میگیرد نباید به عنوان تبعیض به نفع زنان آنچنان که در این کنوانسیون تعریف شده است تلقی گردد ولی به هیچوجه نباید منتج به حفظ استانداردهای جداگانه یا نامساوی بشود، این اقدامات و تدابیر هنگامی که اهداف برابری فرصتها و

برخورد مساوی زنان با مردان حاصل شد متوقف خواهد گردید.

۲ـ همچنین اقدامات ویژه‌ای که توسط دولتهای عضو صورت می گیرد از جمله تدابیری که در این کنوانسیون وجود دارد و هدف آن حمایت از ایفای نقش مادری زنان است نباید تبعیض آمیز تلقی گردد.

مادهٔ ۵

دولتهای عضو، اقدامات مقتضی زیر را به عمل خواهند آورد:

الف: تغییر الگوهای رفتاری اجتماعی و فرهنگی مردان و زنان به منظور دستیابی به برانداختن تعصبات، عادات و دیگر روشهای عملی که بر طرز تفکر پست‌نگری یا برتر بینی یك جنس نسبت به جنس دیگر یا نقش کلیشه‌ای زنان و مردان مبتنی است.

ب: حصول اطمینان از اینکه تعلیم و تربیت خانواده، شامل درك صحیح از مادری به‌عنوان یك وظیفه اجتماعی و شناسایی مسئولیت مشترك زن و مرد در تربیت و رشد کودکان می‌شود.

این امر را هم باید درك کرد که منافع کودکان در همه موارد از اولویت برخوردار است.

مادهٔ ٦

دولتهای عضو باید به هر نوع اقدام مقتضی از جمله وضع قانون دست بزنند تا از هر گونه معامله بر روی زنان و بهره‌برداری از فحشای آنها جلوگیری نمایند.

بخش ۲

مادهٔ ۷

دولتهای عضو کنوانسیون موظف‌اند اقدامات مقتضی برای رفع تبعیض علیه زنان در زندگی سیاسی و عمومی کشور، اتخاذ نموده و مخصوصاً اطمینان دهند که در شرایط مساوی با مردان، حقوق زیر را برای زنان تأمین کنند:

الف: حق رأی دادن در همه انتخابات و همه‌پرسی‌های عمومی و صلاحیت انتخاب شدن در همهٔ ارگانهاییکه با انتخابات عمومی برگزیده می‌شوند.

ب: حق شرکت در تعیین سیاست دولت و اجرای آنها و به عهده گرفتن پست‌های دولتی و انجام وظایف عمومی در تمام سطوح دولتی.

ج: حق شرکت در سازمانها و انجمن‌های غیردولتی مربوط به زندگی عمومی و سیاسی کشور.

مادهٔ ۸

دولتهای عضو باید اقدامات مناسب و مقتضی برای اطمینان و تضمین این امر فراهم آورند که زنان در شرایط مساوی با مردان و بدون هیچگونه تبعیض بتوانند نمایندگی دولت خود را در سطح بین‌المللی احراز کنند و در کارهای سازمانهای بین‌المللی مشارکت داشته باشند.

مادهٔ ۹

۱ـ دولتهای عضو، به زنان حقوق مساوی با مردان در زمینه کسب، تغییر و یا حفظ تابعیت می‌دهند، مخصوصاً دولتها باید اطمینان دهند و تضمین کنند، که نه ازدواج زن با یك مرد خارجی و نه تغییر تابعیت شوهر در طی دوران ازدواج، خود بخود، موجب تغییر تابعیت زن، بی تابعیت شدن او یا تحمیل تابعیت شوهر بر او نمی‌شوند.

۲ـ دولتهای متعاهد باید در رابطه با تابعیت کودکان به زن، حق مساوی با مرد اعطاء کنند.

بخش ۳

مادهٔ ۱۰

دولتهای عضو تمام اقدامات لازم برای رفع هر گونه تبعیض علیه زنان و تضمین حقوق مساوی آنان با مردان در زمینه آموزش مخصوصاً در موارد زیر را اتخاذ می‌نمایند:

الف: شرایط مساوی برای هدایت شغلی و حرفه‌ای، دسترسی به تحصیل، اخذ مدرك از مؤسسات آموزشی در همه سطوح مختلف در مناطق روستایی و شهری، این تساوی باید شامل دوره‌های پیش‌دبستانی آموزش عمومی، فنی، حرفه‌ای و آموزش عالی فنی و نیز هر شیوه دیگر کارآموزی شغلی بشود.

ب: امکان دسترسی به برنامه درسی، آزمونها، کادر آموزشی، اماکن تحصیلی و تجهیزات آموزشی که در همهٔ آنها از کیفیت و معیارهای مساوی با مردان برخوردار باشد.

ج: محو هر نوع مفهوم تقلیدی و کلیشه‌ای از نقش زنان و مردان در تمام سطوح و تمام اشکال مختلف آموزشی با تشویق آموزش مختلط پسر و دختر و دیگر انواع روشهای آموزشی که دستیابی به این هدف را ممکن سازد مخصوصاً با تجدید نظر در متون کتب درسی و برنامه‌های مدارس و تعدیل و تطبیق روشهای آموزشی.

د: اعطای فرصت یکسان برای استفاده از بورسها و دیگر مزایای تحصیلی.

هـ: فرصتهای یکسان برای دستیابی به برنامه‌های تداوم آموزش، ازجمله برنامه‌های عملی سوادآموزی بزرگسالان و حرفه‌ای مخصوصاً برنامه‌هایی که هدف آنها کاهش هرچه سریع‌تر فاصله آموزشی موجود بین زنان و مردان است.

و: کاهش تعداد دختران دانش‌آموزی که ترك تحصیل می کنند و برنامه‌ریزی برای زنان و دخترانی که قبلاً ترك تحصیل کرده‌اند.

ز: دادن فرصت مناسب به زنان برای شرکت فعال در ورزش و تربیت بدنی.

ح: دسترسی به آموزشهای خاص تربیتی که سلامتی و تندرستی خانواده را تضمین می‌نماید. از جمله اطلاعات و مشورتهای مربوط به تنظیم خانواده.

مادهٔ۱۱

۱ـ دولتهای عضو باید اقدامات مقتضی را برای رفع تبعیض علیه زنان در زمینه اشتغال انجام دهند و اطمینان دهند که بر مبنای تساوی مردان و زنان، حقوق یکسان مخصوصاً در موارد زیر برای زنان رعایت می‌شود:

الف: حق کار (اشتغال) به عنوان یك حق لاینفك حقوق انسانی

ب: حق امکانات شغلی یکسان، از جمله اجرای ضوابط یکسان در مورد انتخاب شغل

ج: حق انتخاب آزادانه حرفه و شغل، حق ارتقای مقام، برخورداری از امنیت شغلی و تمام امتیازات و شرایط خدمتی و حق استفاده از دوره‌های آموزشی حرفه‌ای و بازآموزی از جمله کارآموزی و شرکت در دوره‌های آموزشی حرفه‌ای پیشرفته و آموزشی مرحله‌ای.

د: حق دریافت مزد مساوی، استفاده از مزایا و برخورداری از رفتار مساوی در مشاغل و کارهایی که ارزش یکسان دارند همچنین رفتار مساوی در ارزیابی کیفیت کار.

هـ: حق برخورداری از تأمین اجتماعی مخصوصاً در موارد بازنشستگی، بیکاری، بیماری، دوران ناتوانی و پیری و سایر موارد از کارافتادگی. هم‌چنین حق استفاده از مرخصی استحقاقی (با دریافت حقوق)

و: حق برخورداری از بهداشت و ایمنی شرایط کار از جمله برخورداری از ایمنی و سلامتی برای تولید مثل.

۲ـ به منظور جلوگیری از تبعیض علیه زنان به دلیل ازدواج، یا بارداری و تضمین حق مسلم آنان برای کار، دولتهای عضو اقدامات مناسب ذیل را معمول خواهند داشت:

الف: ممنوعیت اخراج به خاطر حاملگی یا مرخصی زایمان و اعمال تبعیض در اخراج به لحاظ وضعیت زناشویی با برقراری ضمانت اجرا برای تخلف از این امر.

ب: دادن مرخصی دوران زایمان با پرداخت حقوق با مزایای اجتماعی مناسب بدون از دست رفتن شغل، سمت یا مزایای اجتماعی.

ج: تشویق و حمایت لازم برای ارائه خدمات اجتماعی به نحوی که والدین را قادر سازد تا تعهدات خانوادگی را با مسئولیت‌های شغلی هماهنگ سازند و در زندگی عمومی شرکت جویند، مخصوصاً از طریق تشویق به تأسیس و توسعه تسهیلات مراقبت از کودکان.

د: حمایت ویژه از زنان در دوران بارداری در مشاغلی که ثابت شده برای آنها زیان‌آور است.

۳ـقوانین حمایتی در رابطه با موضوعات مطروحه در این ماده باید متناوباً در پرتو پیشرفتهای علمی و تکنیکی مورد بازنگری قرار گیرند و در صورت ضرورت، اصلاح و نسخ یا تمدید شوند.

مادۀ ۱۲

۱ـدولتهای عضو باید اقدامات لازم را برای محو تبعیض علیه زنان در زمینه مراقبت‌های بهداشتی به عمل آورند و براساس تساوی بین زن و مرد دسترسی به خدمات بهداشتی از جمله خدمات بهداشتی مربوط به تنظیم خانواده را تضمین نمایند.

۲ـدولتهای عضو، علاوه بر مقررات بند یك این ماده خدمات لازم را برای زنان در دوران بارداری، زایمان و دوران پس از زایمان تأمین نموده و در صورت لزوم خدمات رایگان در اختیار آنها قرار خواهند داد و همچنین در دوران بارداری و شیر دادن، تغذیه کافی به آنها خواهند رساند.

مادۀ ۱۳

دولتهای عضو باید اقدامات مقتضی برای محو تبعیض علیه زنان در دیگر زمینه‌های زندگی اقتصادی و اجتماعی به عمل آورند و بر مبنای تساوی زن و مرد حقوق یکسان را برای آنها مخصوصاً در موارد زیر تأمین نمایند.

الف: حق استفاده از مزایای خانوادگی

ب: حق استفاده از وامهای بانکی، رهن و دیگر اعتبارات بانکی

ج: حق شرکت در فعالیت‌های تفریحی، ورزشی و کلیه جنبه‌های زندگی فرهنگی

مادۀ ۱۴

۱ـدول عضو مشکلات خاص زنان روستایی را مد نظر قرار داده و به نقش مهمی که این زنان در جهت حیات اقتصادی خانواده‌های خود از جمله کار در بخش‌های غیر مالی اقتصادی به عهده دارند، توجه خاص مبذول خواهند داشت و کلیه اقدامات مقتضی را به عمل خواهند آورد تا مفاد کنوانسیون نسبت به زنان در مناطق روستایی اجرا گردد.

۲ـدول عضو کلیه اقدامات مقتضی را جهت رفع تبعیض از زنان در مناطق روستایی به عمل خواهند آورد تا این زنان براساس تساوی مردان و زنان در برنامه‌های توسعه روستایی

شرکت نموده و از آن بهره‌مند گردند و بخصوص از حقوق زیر برخوردار شوند:

الف: شرکت در تدوین واجرای برنامه‌های توسعه در کلیهٔ سطوح.

ب: دسترسی به تسهیلات بهداشتی کافی از جمله اطلاعات، مشاوره و خدمات تنظیم خانواده.

ج: استفاده مستقیم از برنامه‌های تأمین اجتماعی.

د: استفاده از انواع دوره‌ها و برنامه‌های آموزشی رسمی و غیررسمی از جمله سوادآموزی عملی و نیز بهره‌مندی از خدمات محلی و فوق‌العاده به منظور بالا بردن کارآیی فنی آنان.

هـ: تشکیل گروهها و تعاونی‌های خودیاری به منظور بدست آوردن امکان دستیابی مساوی به فرصت‌های اقتصادی از طریق اشتغال یا خوداشتغالی.

و: شرکت در کلیه فعالیت‌های محلی.

ز: دسترسی به وامها و اعتبارات کشاورزی، تسهیلات بازاریابی، تکنولوژی مناسب و استفاده یکسان از زمین و برخورداری از رفتار مساوی درچارچوب اصلاحات ارضی و روستایی و نیز در برنامه‌های جایگزینی زمین.

ح: بهره‌مندی از شرایط زندگی مناسب، بویژه مسکن، بهداشت، آب و برق، ارتباطات و حمل و نقل.

بخش ٤

مادهٔ ۱۵

۱ـ دولتهای عضو، تساوی زنان را با مردان در برابر قانون می‌پذیرند.

۲ـ دولتهای عضو، در امور مدنی، همان اهلیت قانونی را که مردان دارند به زنان داده و امکانات مساوی برای اجرای این اهلیت را در اختیار آنها قرار می‌دهند. مخصوصاً دولتهای عضو به زنان حقوق مساوی با مردان را در انعقاد قرارداد و ادارهٔ اموال می‌دهند و در تمام

مراحل دادرسی در دادگاهها و محاکم با آنها رفتار یکسان خواهند داشت.

۳ـ دولتهای عضو قبول می کنند که هر گونه قرارداد یا اسناد خصوصی دیگر از هر نوع که به منظور محدود کردن صلاحیت قانونی زنان تنظیم شده باشد باطل و بلااثر تلقی می‌شود.

۴ـ دولتهای عضو می‌پذیرند که در رابطه با قانون رفت و آمد اشخاص و انتخاب مسکن و محل اقامت، زن و مرد از حق مساوی برخوردار باشند.

مادهٔ ۱۶

۱ـ دولتهای عضو باید اقدامات لازم را برای رفع تبعیض علیه زنان در همه امور مربوط به ازدواج و روابط خانوادگی به عمل آورند و مخصوصاً بر پایه تساوی حقوق مرد و زن امور زیر را تضمین کنند:

الف: حق یکسان برای انعقاد ازدواج.

ب: حق یکسان برای انتخاب آزادانه همسر و انعقاد ازدواج بر اساس رضایت آزاد و کامل طرفین.

ج: حقوق و مسئولیت‌های یکسان در دوران ازدواج و هنگام انحلال آن.

د: حقوق و مسئولیتهای یکسان به عنوان والدین، قطع نظر از وضعیت زناشویی آنها، در موضوعات مربوط به فرزندان، در تمام موارد، منافع کودکان در اولویت است.

هـ: حقوق مساوی برای تصمیم گیری آزادانه و مسئولانه در زمینه تعداد فرزندان و فاصله زمانی بارداری و دسترسی به اطلاعات، آموزش، و وسایلی که آنها را برای اعمال این حقوق قادر سازد.

و: حقوق و مسئولیت یکسان در رابطه با ولایت، حضانت، قیمومت کودکان و رزندخواندگی یا هر گونه عناوین و مفاهیم مشابهی که در قوانین داخلی وجود دارد. در تمام وارد، منافع کودکان در اولویت است.

ز: حقوق شخصی یکسان به عنوان شوهر و زن از جمله حق انتخاب نام خانوادگی، رفه و شغل.

ح: حقوق یکسان برای هر یك از زوجین در رابطه با مالکیت، اکتساب، مدیریت،

سرپرستی، بهره‌برداری و در اختیار داشتن اموال خواه مجانی و یا با داشتن هزینه.

۲ـ نامزد کردن و تزویج کودکان، قانوناً بلااثر خواهد بود و هر گونه اقدام لازم، از جمله وضع قانون جهت تعیین حداقل سن برای ازدواج و ثبت اجباری ازدواج در یك دفتر رسمی باید اتخاذ شود.

بخش ۵

مادهٔ ۱۷

۱ـ به منظور بررسی پیشرفت حاصله در اجرای مفاد این کنوانسیون کمیته محو تبعیض علیه زنان (که من بعد از آن به عنوان کمیته یاد خواهد شد) شامل هجده نفر در زمان لازم‌الاجرا شدن وپس از تصویب یا پیوستن سی و پنجمین کشور عضو، بیست و سه نفر از خبرگان دارای شهرت اخلاقی والا و صلاحیت در زمینه‌ای مربوط به کنوانسیون تشکیل می‌شود. این خبرگان توسط دول عضو از میان اتباع کشورهایشان انتخاب می‌شوند و در صلاحیت شخصی خود خدمت می‌کنند. در انتخاب این اشخاص به توزیع عادلانه جغرافیایی و به حضور اشکال مختلف تمدن و نظامهای عمده حقوقی توجه می‌شود.

۲ـ اعضای کمیته با رأی مخفی و از فهرست افرادی که توسط دول عضو نامزد شده‌اند انتخاب می‌شوند، هر دولت عضو می‌تواند یك نفر از اتباع خود را نامزد نماید.

۳ـ نخستین انتخابات شش ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون برگزار خواهد شد. حداقل سه ماه قبل از تاریخ هر انتخابات دبیر کل ملل متحد طی نامه‌ای از دول عضو می‌خواهد تا ظرف دو ماه نامزدهای خود را معرفی کنند. دبیر کل فهرست اسامی نامزدها را به ترتیب حروف الفبا و با ذکر کشور نامزدکننده هر یك، تهیه و برای دول عضو ارسال خواهد داشت.

۴ـ انتخاب اعضای کمیته در جلسه دول عضو که توسط دبیر کل در مقر ملل متحد برگزار خواهد شد، انجام می‌شود. در این جلسه، که حدنصاب تشکیل آن حضور دو سوم دول عضو می‌باشد، اشخاص انتخاب شده برای عضویت در کمیته آن دسته از نامزدهایی خواهند بود که بیشترین تعداد آراء و همزمان اکثریت مطلق آراء نمایندگان دول عضو حاضر و رأی دهنده در جلسه را به دست آورند.

۵ـ اعضای کمیته برای یك دوره چهار ساله انتخاب می‌شوند. لکن دورهٔ عضویت ۹ نفر از اعضای منتخب در اولین انتخابات در پایان دو سال به اتمام می‌رسد. بلافاصله پس از اولین انتخابات اسامی این ۹ عضو به قید قرعه توسط رئیس کمیته انتخاب خواهد شد.

۶ـ انتخاب ۵ عضو دیگر کمیته مطابق با بندهای ۲، ۳ و ۴ این ماده و به دنبال سی‌وپنجمین تصویب یا الحاق صورت خواهد گرفت. دورهٔ عضویت دو نفر از اعضای فوق در پایان دو سال خاتمه خواهد یافت و اسامی این دو نفر به قید قرعه توسط رئیس کمیته انتخاب خواهد شد.

۷ـ به منظور اشغال پست‌های خالی احتمالی، دولتی که فعالیت خبره‌اش به عنوان عضو کمیته متوقف شده است، خبرهٔ دیگری را از بین اتباع خود برای عضویت در کمیته مشروط به تأیید کمیته انتخاب خواهد کرد.

۸ـ اعضای کمیته با تأیید مجمع عمومی و بر طبق ضوابط و شرایطی که آن مجمع مقرر می‌دارد و با در نظر گرفتن اهمیت مسئولیت‌های کمیته از سازمان ملل متحد مقرری دریافت خواهند کرد.

۹ـ دبیر کل ملل متحد تسهیلات و کارمندان لازم را به منظور تحقق و انجام مؤثر وظایف کمیته در چارچوب این کنوانسیون تأمین خواهد نمود.

مادهٔ ۱۸

۱ـ دول عضو متعهد می‌شوند گزارشی برای بررسی کمیته در مورد اقدامات تقنینی، قضایی و اجرایی و سایر اقدامات متخذه در راستای اجرای مفاد این کنوانسیون و پیشرفتهای حاصله در این رابطه به دبیر کل ملل متحد ارائه کنند.

الف: یك سال پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون برای آن دولت.

ب: پس از آن حداقل هر چهار سال یك بار و علاوه بر آن هر زمانی که کمیته درخواست کند.

۲ـ این گزارشها می‌تواند مبین عوامل و مشکلاتی که بر میزان اجرای تعهدات تحت این کنوانسیون اثر می‌گذارد باشد.

مادهٔ ۱۹

۱ـ کمیته آیین‌نامه اجرایی خود را تصویب خواهد نمود.

۲ـ کمیته مسئولان خود را برای یك دوره دو ساله انتخاب خواهد کرد.

مادهٔ ۲۰

۱ـ کمیته به منظور بررسی گزارشهایی که مطابق با مادهٔ ۱۸ این کنوانسیون ارائه شده هر ساله به مدتی که از دو هفته تجاوز نکند تشکیل جلسه می‌دهد.

۲ـ جلسات کمیته معمولاً در مقر سازمان ملل متحد یا در هر محل مناسب دیگری که به تصمیم کمیته تعیین می‌شود برگزار خواهد شد.

مادهٔ ۲۱

۱ـ کمیته همه ساله از طریق شورای اقتصادی و اجتماعی گزارشی در مورد فعالیت‌های خود به مجمع عمومی تسلیم می‌نماید و می‌تواند بر اساس گزارشها و اطلاعات واصله از دول عضو پیشنهادات و توصیه‌های کلی ارائه دهد. این پیشنهادات و توصیه‌های کلی همراه با نظرات احتمالی دول عضو در گزارش کمیته درج می‌گردد.

۲ـ دبیر کل ملل متحد گزارشهای کمیته را جهت اطلاع به کمیسیون مقام زن ارسال می‌نماید.

مادهٔ ۲۲

مؤسسات تخصصی مجاز خواهند بود که از طریق نمایندگانشان اجرای موادی از کنوانسیون حاضر را که در حوزه فعالیت‌های آنها جای می‌گیرند مورد بررسی قرار دهند. کمیته ممکن است از مؤسسات تخصصی دعوت کند تا گزارشهایی درباره نحوه اجرای کنوانسیون در زمینه‌هایی که به حوزهٔ فعالیت آنها مربوط می‌شود ارائه نمایند.

بخش ٦

مادهٔ ۲۳

هیچ چیز در این کنوانسیون بر مقرراتی که برای دستیابی زنان و مردان به برابری مفیدتر و مؤثرتر وجود دارد تأثیر نخواهد گذاشت، این مقررات می تواند شامل موارد زیر باشد:

الف: قوانین یك دولت عضو، یا

ب: هر کنوانسیون، پیمان یا موافقت نامه بین المللی دیگری که برای آن دولت لازم الاجراست.

مادهٔ ۲۴

دول عضو متعهد می گردند کلیه اقدامات لازم در سطح ملی را که هدف از آن تحقق کامل حقوق به رسمیت شناخته شده در این کنوانسیون می باشد، به عمل آورند.

مادهٔ ۲۵

۱ـ این کنوانسیون برای امضای کلیه دول مفتوح می باشد.

۲ـ دبیر کل ملل متحد به عنوان امین این کنوانسیون تعیین می شود.

۳ـ تصویب این کنوانسیون منوط به طی مراحل تصویب قانونی است. اسناد تصویب نزد دبیر کل ملل متحد به امانت گذارده خواهد شد.

۴ـ این کنوانسیون جهت الحاق دول مفتوح می باشد. الحاق با سپردن سند الحاق به دبیر کل ملل متحد محقق می شود.

مادهٔ ۲٦

۱ـ دول عضو می توانند در هر زمان طی نامه‌ای خطاب به دبیر کل ملل متحد درخواست تجدید نظر در این کنوانسیون را نمایند.

۲ـ مجمع عمومی ملل متحد در مورد اقدامات احتمالی بعدی در مورد چنین درخواستی تصمیم خواهد گرفت.

مادهٔ ۲۷

۱ـ این کنوانسیون سی روز پس از تاریخی که بیستمین سند تصویب یا الحاق آن نزد

دبیر کل ملل متحد به امانت گذارده شد، لازم‌الاجرا می گردد.

۲ـ پس از به ودیعه سپردن بیستمین سند تصویب یا الحاق، برای هر دولتی که این کنوانسیون را تصویب می کند یا به آن ملحق می گردد، کنوانسیون مذکور از سی‌امین روز تاریخی که سند تصویب یا الحاق آن دولت به امانت گذارده شده لازم‌الاجرا می گردد.

مادهٔ ۲۸

۱ـ دبیر کل ملل متحد متن تحفظ کشورها، در هنگام تصویب یا الحاق را دریافت نموده و آن را میان کلیه دول توزیع می نماید.

۲ـ تحفظاتی که با هدف و منظور این کنوانسیون سازگار نباشد مجاز نخواهد بود.

۳ـ تحفظات از طریق تسلیم یادداشتی به دبیر کل ملل متحد در هر زمان قابل پس گرفتن است. نامبرده همه دولتها را از این موضوع مطلع خواهد کرد. لغو تحفظ از روزی که یادداشت دریافت شود معتبر است.

مادهٔ ۲۹

۱ـ هر گونه اختلاف در تفسیر یا اجرای این کنواسیون بین دو یا چند دولت عضو که از طریق مذاکره حل نگردد بنا به تقاضای یکی از طرفین به داوری ارجاع می گردد. چنانچه ظرف شش ماه از تاریخ درخواست داوری، طرفین درمورد نحوه و تشکیلات داوری به توافق نرسند، یکی از طرفین می تواند خواستار ارجاع موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری مطابق با اساسنامه دیوان گردد.

۲ـ هر دولت عضو می تواند به هنگام امضاء یا تصویب این کنوانسیون یا الحاق به آن اعلام کند که خود را موظف به اجرای بند یك این ماده نمی‌داند. دول عضو دیگر در قبال دولتی که به بند یك این ماده اعلام تحفظ نموده است، ملزم به اجرای بند یك نمی‌باشند.

۳ـ هر دولت عضوی که بر طبق بند ۲ این ماده اعلام تحفظ نموده باشد می تواند در هر زمان از تحفظ خود از طریق اعلام رسمی به دبیر کل ملل متحد صرف‌نظر نماید.

مادهٔ ۳۰

این کنوانسیون که متون عربی، چینی، انگلیسی، فرانسه، روسی و اسپانیولی آن دارای اعتبار یکسان می‌باشند، نزد دبیر کل ملل متحد به امانت گذارده می‌شود.

Article 29

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which is not settled by negotiation shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.

2. Each State Party may at the time of signature or ratification of the present Convention or accession thereto declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of this article. The other States Parties shall not be bound by that paragraph with respect to any State Party which has made such a reservation.

3. Any State Party which has made a reservation in accordance with paragraph 2 of this article may at any time withdraw that reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 30

The present Convention, the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the Secretary -General of the United Nations.

IN WITNSS WHEREOF the undersigned, duly authorized, have signed the present Convention.

2. The Secretary - General of the United Nations is designated as the depositary of the present Convention.

3. The present Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

Article 26

1. A request for the revision of the present Convention may be made at any time by any State Party by means of a notification in writing addressed to the Secretary-General of the United Nations.

2. The General Assembly of the United Nations shall decide upon the steps, if any, to be taken in respect of such a request.

Article 27

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of deposit with the Secretary - General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying the present Convention or acceding to it after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit of its own instrument of ratification or accession.

Article 28

1. The Secretary - General of the United Nations shall receive and circulate to all States the text of reservations made by States at the time of ratification or accession.

2. A reservation incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.

3. Reservations may be withdrawn at any time by notification to this effect addressed to the Secretary - General of the United Nations, who shall then inform all States there of. Such notification shall take effect on the date on which it is received.

and may make suggestions and general recommendations based on the examination of reports and information received from the States Parties. Such suggestions and general recommendations shall be included in the report of the Committee together with comments, if any, from States Parties.

2. The Secretary - General of the United Nations shall transmit the reports of the Committee to the Commission on the Status of Women for its information.

Article 22

The specialized agencies shall be entitled to be represented at the consideration of the implementation of such provisions of the present Convention as fall within the scope of thier activities. The Committee may invite the specialized agencies to submit reports on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their activities.

PART VI

Article 23

Nothing in the present Convention shall affect any provisions that are more conducive to the achievement of equality between men and women which may be contained:

(a) In the legislation of a State Party; or

(b) In any other international convention, treaty or agreement in force for that State.

Article 24

State Parties undertake to adopt all necessary measures at the national level aimed at achieving the full realization of the rights recognized in the present Convention.

Article 25

1. The present Convention shall be open for signature by all States.

8. The members of the Committee shall, with the approval of the General Assembly, receive emoluments from United Nations resuources on such terms and conditions as the Assembly may decide, having regard to the importance of the Committee's responsibilities.

9. The Secretary - General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under the present Convention.

Article 18

1. States Parties undertake to submit to the Secretary - General of the United Nations, for consideration by the Committee, a report on the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted to give effect to the provisions of the present Convention and on the progress made in this respect:

(a) Within one year after the entry into force for the State concerned;

(b) Thereafter at least every four years and further whenever the Committee so requests.

Article 19

1. The Committee shall adopt its own rules of procedure.

2. The Committee shal elect its officers for a term of two years.

Article 20

1. The Committee shall normally meet for a period of not more than two weeks annually in order to consider the reports submitted in accordance with article 18 of the present Convention.

2. The meetings of the Committee shall normally be held at United Nations Headquarters or at any other convenient place as determined by the Committee.

Article 21

1. The Committee shall, through the Economic and Social Council, report annually to the General Assembly of the United Nations on its activities

sonal capacity,consideration being given to equitable geographical distribution and to the representation of the different forms of civilization as well as the principal legal systems.

2. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties, Each State Party may nominate one person from among its own nationals.

3. The initial election shall be held six months after the date of the entry into force of the present Convention. At least three months before the date of each election the Secretary - General of the United Nations shall address a letter to the States Parties inviting them to submit their nominations within two months. The Secretary - General shall prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the States Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties.

4. Elections of the members of the Committee shall be held at a meeting of States Parties convened by the Secretary - General at United Nations Headquarters. At that meeting, for which two thirds of the States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those nominees who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

5. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. However, the terms of nine of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election the names of these nine members shall be chosen by lot by the Chairman of the Committee.

6. The election of the five additional members of the Committee shall be held in accordance with the provisions of paragraphs 2,3 and 4 of this article, following the thirty - fifth ratification or accession. The terms of two of the additional members elected on this occasion shall expire at the end of two years, the names of these two members having been chosen by lot by the Chairman of the Committee.

7. For the filling of casual vacancies, the State Party whose expert has ceased to function as a member of the Committee shall appoint another expert from among its nationals, subject to the approval of the Committee.

(c) The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution;

(d) The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount;

(e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights;

(f) The same rights and responsibilities with regard to guardianship, wardship, trusteeship and adoption of children, or similar institutions where concepts exist in national legislation; in all cases the interests of the children shall be paramount;

(g) The same personal rights as husband and wife, including the right to choose a family name, a profession and an occupation;

(h) The same rights for both spouses in respect of the ownership, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for a valuable consideration.

2. The betrothal and the marriage of a child shall have no legal effect, and all necessary action, including legislation, shall be taken to specify a minimum age for marriage and to make the registration of marriages in an official registry compulsory.

PART V

Article 17

1. For the purpose of considering the progress made in the implementation of the present Convention, there shall be established a Committee on the Elimination of Discrimintion against Women (hereinafter referred to as the the Committee) consisting, at the time of entry into force of the Convention, of eighteen and, after ratification of or accession to the Convention by the thirty - fifth State Party, of twentythree experts of high moral standing and competence in the field covered by the Convention. The experts shall be elected by States Parties from among their nationals and shall serve in their per-

(e) To organize self-help groups and cooperatives in order to obtain equal access to economic opportunities through employment or self-employment;

(f) To participate in all community activities;

(g) To have access to agricultural credit and loans, marketing facilities, appropriate technology and equal treatment in land and agrarian reform as well as in land resettlement schemes;

(h) To enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications.

PART IV

Article 15

1. States Parties shall accord to women equality with men before the law.

2. States Parties shall accord to women, in civil matters, a legal capacity identical to that of men and the same opportunities to exercise that capacity. In particular, they shall give women equal rights to conclude contracts and to administer property and shall treat them equally in all stages of procedure in courts and tribunals.

3. States Parties agree that all contracts and all other private instruments of any kind with a legal effect which is directed at restricting the legal capacity of women shall be deemed null and void.

4. States Parties shall accord to men and women the same rights with regard to the law relating to the movement of persons and the freedom to choose their residence and domicile.

Article 16

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women:

(a) The same right to enter into marriage;

(b) The same right freely to choose a spouse and to enter into marriage only with their free and full consent;

Parties shall ensure to women appropriate services in connection with pregnancy, confinement and the post - natal period, granting free services where necessary, as well as adequate nutrition during pregnancy and lactation.

Article 13

States Parties shall take al appropriate measures to eliminate discrimination against women in other areas of economic and social life in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular;

(a) The right to family benefits;

(b) The right to bank loans, mortgages and other forms of financial credit;

(c) The right to participate in recreational activities, sports and all aspects of cultural life.

Article 14

1. States Parties shall take into account the particular problems faced by rural women and the significant roles which rural women play in the economic survival of their families, including their work in the non-monetized sectors of the economy, and shall take all appropriate measures to ensure the application of the provisions of the present Convention to women in rural areas.

2. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular, shall ensure to such women the right:

(a) To participate in the elaboration and implementation of development planning at all levels;

(b) To have access to adequate health-care facilities, including information, counselling and services in family planning;

(c) To benefit directly from social security programmes;

(d) To obtain all types of training and education, formal and non-formal, including that relating to functional literacy, as well as, inter alia, the benefit of all community and extension services, in order to increase their technical proficiency;

vanced vocational training and recurrent training;

(d) The right to equal remuneration, including benefits, and to equal treatment in respect of work of equal value, as well as equality of treatment in the evaluation of the quality of work;

(e) The right to social security, particularly in cases of retirement, unemployment, sickness, invalidity and old age and other incapacity to work, as well as the right to paid leave;

(f) The right to protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the function of reproduction.

2. In order to prevent discrimination against women on the ground of marriage or maternity and to ensure their efective right to work, States Parties shall take appropriate measures;

(a) To prohibit, subject to the imposition of sanctions, dismissal on the grounds of pregnancy or of maternity leave and discrimination in dismissals on the basis of marital status;

(b) To introduce maternity leave with pay or with comparable social benefits without loss of former employment, seniority or social allowances;

(c) To encourage the provision of the necessary supporting social services to enable parents to combine family obligatioins with work responsibilities and participation in public life, in particular through promotion the establishment and development of a network of childcare facilities.

(d) To provide special protection to women during pregnancy in types of work proved to be harmful to them.

3. Protective legislation relation to matters covered in this article shall be reviewed periodically in the light of scientific and technological knowledge and shall be revised, repealed or extended as necessary.

Article 12

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, States

sured in preschool, general, technical, professional and higher technical education, as well as in all types of vocational training;

(b) Access to the same curricula, the same examinations, teaching staff with qualifications of the same standard and school premises and equipment of the same quality;

(c) The elimination of any stereotyped concept of the roles of men and women at all levels and in all forms of education by encouraging coeducatioin and other types of education which will help to achieve this aim and, in particular, by the revision of textbooks and school programmes and the adaptation of teaching methods;

(d) The same opportunities to benefit from scholarships and other study grants;

(e) The same opportunities for access to programmes of continuing education, including adult and functional literacy programmes, particularly those aimed at reducing, at the earliest possible time, any gap in education existing between men and women;

(f) The reduction of female student drop-out rates and the organization of programmes for girls and women who have left school prematurely;

(g) The same opportunities to participate actively in sports and physical education;

(h) Access to specific educational information to help to ensure the health and well - being of families, including information and advice on family planning.

Article 11

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of employment in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

(a) The right to work as an inalienable right of all human beings;

(b) The right to the same employment opportunities, including the application of the same criteria for selection in matters of employment;

(c) The right to free choice of profession and employment, the right to promotion, job security and all benefits and conditions of service and the right to receive vocational training and retraining, including apprenticeships, ad-

to all publicly elected bodies;

(b) To participate in the formulation of government policy and the implementation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government;

(c) To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country.

Article 8

States Parties shall take all appropriate measures to ensure to women, on equal terms with men and without any discrimination, the opportunity to represent their Governments at the international level and to participate in the work of international organizations.

Article 9

1. States Parties shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by the husband during marriage shall automatically change the nationality of the wife, render her stateless or force upon her the nationality of the husband.

2. States Parties shall grant women equal rights with men with respect to the nationality of their children.

PART III

Article 10

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in order to ensure to them equal rights with men in the field of education and in particular to ensure, on a basis of equality of men and women:

(a) The same conditions for career and vocational guidance, for access to studies and for the achievement of diplomas in educational establishments of all categories in rural as well as in urban areas; this equality shall be en-

sidered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.

Adoption by States Parties of special measures, including measures contained in the present Convention, aimed at protect my maternity shall not be considered discriminatory.

Article 5

States Parties shall take all appropriate measures:

(a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achievingn the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women;

(b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases.

Article 6

States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women.

PART II

Article 7

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right:

(a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election

inating discrimination against women and, to this end, undertake;

(a) To embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle;

(b) To adopt appropriate legislative and other measures, including sanction where appropriate, prohibiting all discrimination against women;

(c) To establish legal protection of the rights of women on an equal basis with men and to ensure through competent national tribunals and other public institutions the effective protection of women against any act of discrimination;

(d) To refrain from engaging in any act or practice of discrimination against women and to ensure that public authorities and institutions shall act in conformity with this obligation;

(e) To take all appropriate measures to eliminate discriminnation against women by all appropriate measures to eliminate discrimination against women by anyperson, organization or enterprise;

(f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women;

(g) To repeal all national penal provisions which constitute discrimination against women.

Article 3

States Parties shall take in all fields, in particular in the political, social, economic and cultural fields, all appropriate measures, including legislation, to ensure the full development and advancement of women, for the purpose of guaranteeing them the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms on a basis of equality with men.

Article 4

1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be con-

welfare of the world and the cause of peace require the maximum participation of women on equal terms with men in all fields,

Bearing in mind the great contribution of women to the welfare of the family and to the development of society, so far not fully recognized, the social significance of maternity and the role of both parents in the family and in the upbringing of children, and aware that the role of women in procreation should not be a basis for discrimination but that the upbringing of children requires a sharing of responsibility between men and society as a whole,

Aware that a change in the traditional role of men as well as the role of women in society and in the family is needed to achieve full equality between men and women,

Determined to implement the principles set forth in the Declaration on the Elimination of Discrimination against Women and, for that purpose, to adopt the measures required for the elimination of such discrimination in all its forms and manifestations,

Have agreed on the following:

PART I

Article 1

For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

Article 2

States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of elim-

Noting also the resolutions, declarations and recommendations adopted by the United Nations and the specialized agencies promoting equality of rights of men and women,

Concerned, however, that despite these various instruments extensive discrimination against women continues to exist,

Recalling that discrimination against women violates the principles of equality of rights and respect for human dignity, is an obstacle to the participation of women, on equal terms with men, in the political, social, economic and cultural life of their countries, hampers the growth of the prosperity of society and the family and makes more difficult the full development of the potentialities of women in the service of their countries and of humanity,

concerned that in situations of poverty women have the least access to food, health, education, training and opportunities for employment and other needs,

Convinced that the establishment of the new international economic order based on equity and justice will contribute significantly towards the promotion of equality between men and women,

Emphasizing that the eradication of apartheid, all forms of racism, racial discrimination, colonialism, neocolonialism, aggression, foreign occupation and domination and interference in the internal af fairs of States is essential to the full enjoyment of the rights of men and women,

Affirming that the strengthening of international peace and security, the relaxation of international tension, mutual cooperation among all States irrespective of their social and economic systems, general and complete disarmament, in particular nuclear disarmament under strict and effective international control, the affirmation of the principles of justice, equality and mutual benefit in relations among countries and the realization of the right of peoples under alien and colonial domination and foreign occupation to self-determination and independence, as well as respect for national sovereignty and territorial integrity, will promote social progress and development and as a consequence will contribute to the attainment of full equality between men and women,

Convinced that the full and complete development of a country, the

Annex

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979

Entry into force: 3 eptember 1981, in accordance with article 27 (1)

The States Parties to the present Convention,

Noting that the Charter of the United Nations reaffirms faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women,

Noting that the Universal Declaration of Human Rights affirms the principle of the inadmissibility of discrimination and proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, including distinction based on sex,

Noting that the States Parties to the International Covenants on Human Rights have the obligation to ensure the equal rights of men and women to enjoy all economic, social, cultural, civil and political rights,

Considering the international conventions concluded under the auspices of the United Nations and the specialized agencies promoting equality of rights of men and women,

viewpoint has been offered.

10. A Glance at the Legal and Canonical Situation of Artifical Insemination

A human fetus is formed when two cells, one belonging to a man and one to a woman (the sperm and the ovule), are joined, both of which are absolutely necessary for the process of fetus formation and without either one which the human creature can not take form. The woman, however, in addition to supplying the ovule which makes up half of the original material for forming the fetus, bears the extra burdern and responsibility of keeping the fetus within her body and of feeding it with her own life sap. All human beings, however, are not so lucky, and there are certain men whose bodies either lack the ability to produce the sperm, or that their sperm is unable to combine with the female ovule. There are also certain women whose bodies either lack the ability to form ovule, or lack a womb, or that they contain a womb but their womb lacks the ability to hold and develop the fetus. Such people may, at the same time, be very much interested in having a child who is somehow related to themselves. These people usually resort to artificial insemination and artificially combine the two male and female cells outside the usual and the customary method of sexual intercourse. This is usually done by strengthening the combined cells in a laboratory and placing it inside the womb of the woman after ir reaches a certain stage of development. There are various legal discussions concerning the means of establishing familial relationship between the man and woman who have provided the sexual cells and the woman who has developed the fetus in her body. In this article some aspects of this problem have been discussed.

As a concluding remark, I might add that to make it easier for our readers to avail themselves of the documents of the Convention for the Elemination of Discrimination Against Women - a document which has been referred to repeatedly in this book for various reasons - the English text and the Farsi translation of this document have been attached to the above - mentioned book as a supplement.

Dr. Hossein Mehrpour

June: 2000

8. Examination of the Worth of the Testimony of a Woman According to the statuets of Iran, and its Islamic Jural Foundation

A witness's testimony is one of the proofs in a lawsuit. In crimminal courts, too, a witness's testimony is relied upon as a piece of evidence proving the commission of the crime.

A witness's testimony is only effective in proving or disproving a claim if the witness is considered qualified and eligible to testify, and if the type of testimony provided is considered valid. One of the current problems concerning the question of utilizing a witness's testimony is what role the gender of the witness plays in determining the validity of the testimony, that is to say, to determine whether the gender of the witness influences the validity of the testimony or not. The legal system of the Islamic Republic of Iran recognizes certain differences between the worth of the testimony of a man and that of a woman. In some cases, the testimony of a woman is even totally discared and ignored. Still in other cases, the testimony of a woman is only considered acceptable if it is used to substantiate a man's testimony. In any case, even in places where the testimony of a woman is considered valid, the testimony of a man is taken as equivalent to the testimony of two women. In this essay, such rules and regulations and their Islamic jural foundations are examined and criticized.

9. A Discussion about the Right of Women to Exercise Judgement

According to Article 163 of the Constitution of The Islamic Republic of Iran, "The qualifications and the required specifications of a judge are stipulated by law in accordance with the precepts of the Islamic jurisprudence."

Adopted in 1982 (1361) and still in use with some minor changes, the statute determining the required specifications of a judge makes masculinity one of the requirements of exercising judgement in a court of law stating that: "Judges are chosen from among the best qualified men." Prohibiting women from exercising judgement in a court of law is one of the well-known viewpoints of the Shiite as well as Sunnite Islamic jurisprudents and it is based on certain traditional narratives and on the jurists' own reasoning. In this essay the jural foundations of this viewpoint and the reasoning offered to substantiate it have been examined and criticized, and an entirely different

ishment of a murderer. According to Article 207 of the Islamic Penal Code, the punishment for a murderer is "qessas" (execution). However, according to Article 209 of the same law, if a man deliberately kills a woman, although he will be sentenced to death, the guardian of the murdered woman has to pay the murderer half of the blood-money (Dieh) of a man before the sentence can be carried out. If a woman kills a man deliberately, however, she will be condemned as a murderer and her death sentence will be implemented unconditionally. The jural corroborative evidence of this law is Verse 178 of the Koranic Chapter entitled Baqara (The Cow) which ordains Qessas to be carried out in such a way that the life of a freeman is taken for the murder of a freeman, that of a slave for that of a slave, and that of a woman for a woman. There are also certain traditional narratives which testify to the existence of certain differences between the mode of implementation of the law of Qessas for women and for men. Whether the above mentioned Verse is really applicable in this case and whether the traditions testifying to the differences between the application of the law of Qessas really point to such a thing may be open to question. This issue has been critically analyzed in the above - mentioned essay.

7. The Difference Between the Blood- money (Dieh) for Men and Women According to the Islamic Penal Code of Iran, and the Jural Foundation for that Law.

According to the Islamic Penal Code of Iran, and in accordance with the judicial decrees of many Shiite and Sonnite jurists, the blood -money for a woman is half of that of a man. This judicial judgement, of course, has certain opponents among the Islamic jurists. The corroborative evidence offered by the first group is the testimony of certain traditional narratives indicating the blood - money of a woman to be half of that of a man. The second group, however, relying on the Holy Koran Verses concerning Dieh and on certain other traditional narratives, and by raising certain doubts about the autenticity of the traditions indicating a women's Dieh being half that of a man, have decreed the Dieh of men and women to be the same. In the above mentioned essay, these views have been analyzed and appraised to some extent and certain new ideas have been offered.

are greater than those in which a woman can do the same. With the question of divorce, a man enjoys much greater powers than a woman. A man can divorce his wife rather easily whereas a woman has to go through a very strenuous process to get a divorce. In our discussion under the above title, the current rules concerning the right of anulling a marriage as well as the laws concerning divorce and their Islamic Jural foundations have been discussed and criticized at length and a new view has been presented in this regard.

5. The Punishment of a Woman by Her Husband: An Excursion into the Legal and Islamic Jural Foundations of Article 630 of the Islamic Penal Code

According to Article 630 of the Islamic Penal Code, if a man finds his wife in bed with another man committing adultery, he has the right to slay both the adulterer and his own adulteress wife, and if this state of affair is proven, he will be exempt from any and all punishment.

The content of this law existed in the public penal code before the Islamic Revolution as well-with a slightly different wording. Such laws also existed in the penal code of some Islamic states and in the laws of some Western countries, such as France, in the past - and in some cases they still exist. As far as the Islamic jurisprudence is concerned, many Islamic jurists have also confirmed the content of this law. From the legal standpoint, however, the legal prescription of such a killing by a husband, and its whole legal and jural foundation may be subjected to criticism. In this essay, after a short elucidation of the historical background of this law, its whole foundation is placed under criticism and a totally different viewpoint on the subject is provided.

6. Examination of the Differences Between the Mode of Application of the Law of Qessas (Retaliatory Punishment) for Men and for Women

In the Islamic Penal Code of Iran which is based on the Immamia Shiite Jural doctrine there seem to exist certain differences between the mode of application of the penal code for men and for women. The first impression of the viewer, therefore, testifies to the fact that the male gender is granted greater privileges than the female gender according to this code. One of such laws is the law related to the question of "Qessas", which concerns the pun-

this limitation exists for - Moslem men as well. It is also true, however, that in some special circumstances, the marriage between a Moslem man and a non-Moslem woman is allowed. 3. the marriage between a woman who is an Iranian subject and a man who is a foreign subject can only take place if the government's consent is already acquired. In this essay, a critical analysis of these limitations - specially of the first one mentioned - has been carried out.

3 .Two Short Discussions about Polygamy

According to the view of some Islamic jurisprludents - a view that has become the source of our civil code - a man can have more than one wife at any particular time. So male polygamy is considered legal. According to the tenets of the Shiite Immamia school of Islamic Jurisprudence, a man can have four permanent wives simultaneously and may have an unlimited number of temporary (Motaa) wives. A man can, therefore, have as many temporary wives as he wishes. The possibility of limiting or prohibiting polygamy by the rule of law has been discussed in this article and such a possibility has not been found inconceivable. In addition, the unlimitedness of the choice of women as temporary wives for a man has been criticized.

4. The Difference Between Men and Women with regard to the Dissolution of Marriage (Annulment - Divorce) According to the Law in Iran, and the Jural Foundations of this Law

One of the endeavours of the advocated of equality between men and women is to establish and legalize the notion that men and women should be on a par with regard to both the processes of marriage and the revocation of marriage. Article 16 of the Universal Declaration of the Human Rights, and Article 23 of the International Covenant of Civil and Political Rights place a very special emphasis on this concept.

With regard to the current law in Iran, one can say that the equality between men and women has been established as far as the question of getting married is concerned because to make marriage legal the consent of both parties is required and without this consent the whole process is null and void. With regard to the question of annulment of marriage, however, there are certain differences between the extent of the powers that men or women enjoy. The number of instances in which a man has the power to annul the marrige

heriting property, and so on; and they have stressed women's complete equality with men in all such areas.

In The Islamic Republic of Iran, the eligibility of women for possessing property and participating in financial transactions is considered on a par with men, and there is no difference between the two genders in this respect. A woman can personally take possession of her property, and is considered quite eligible to enter into any kind of financial contract and to utilize credit. According to the Iranian labour law, men and women receive equal pay for equal work. There are of course certain differences between men and women in relation to the eligibility for inheritance and with regard to certain job opportunities according to the Iranian laow. Such differences are examined and elucidated in this essay.

2. Limitations of a Woman's Freedom in Choosing Her Spouse According to the Iranian Law and the Islamic Jurisprudence.

According to Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights, the content of which has been reflected in many other international documents, any adult male or female has the unconditional right to personally choose his or her spouse; and that the two marriaged partners enjoy equal rights in all their marital affairs as long as they are married to each other and with respect to the divorce procedure in case they decide to conclude their marriage.

With regard to choosing a spouse and forming a family, the Iranian law maintains that the consent of both parties to the marriage is the fundamental condition for the legality of the marriage, and therefore, for a family to take form, the consent of the woman is just as vital as that of the man. However, the Iranian law places several limitatons on the rights of a woman in this regard. One can say of course that these restrictions are for the most part meant to protect the woman rather than to limit her. These limitations are the following:

1. The necessity of acquiring the consent of the girl's father, or that of her grandfather, with regard to a girl who is still a virgin and wishes to get married, no matter how old or how well-grown she is. 2. The illegality of the marriage of a Moslem woman to a non-Moslem man. It is true of course that

treatment of the same issues by the international documents, and a comparative analysis of the two has been made wherever possible. I have also come up with some new ideas in certain cases. The issues which have been considered in this book or compilation are as follows: the limitations of the freedom to choose a spouse; male polygamy; the differences between the rights of men and women with respect to the question of annulment of marriage and divorce; women's financial rights; the difference between men and women in relation to the question of retaliatory punishment(Qessas), Dieh (blood-money), bearing testimony, judicial responsibilities, and the right of a man to punish his wife - subject to Article 630 of the Islamic Penal Code; and the legal and canonical treatment of artificial insemination, which is discussed here because of its close relationship to the issues under consideration.

While compiling the above - mentionded essays, an attempt was made to make certain revisions which had become necessary due to the changes that had occured in some of the laws under discussion after the articles had been published in magazines. I have also tried in this book to discard any repetitious ideas in so far as possible. However, since each article had already been published separately and at a different time, certain unavoidable repetitions may be observed in the book.

In any case, keeping this brief explanation in mind, the English - Speaking readers who are interested in the subject may refer to the brief summary of each of these essays which are presented below, each under its own corresponding title.

1. A Glance at the Women's Financial Rights in the Legal System of Iran

All through history and in every state system there have been certain restrictions placed on the eligibility of women for making countracts, aquiring property, taking possession of their own finances and property, owning land, obtaining financial credit, and enjoying the right of inheritence. The international documents related to human rights, and especially those related to the convention on the Elemination of Discrimination Against Women, and the documents of the World Peking Conference about Women, have placed great emphasis on the full eligibility of women for utilizing economic resources, owning property, taking part in credit -based commercial transactions, in-

the Islamic doctrine is challenged. It will, therefore, become necessary to examine such rules and regulations and the philosophy and wisdom which lies behind them quite meticulously in order to discover the real viewpoint of Islam which may actually be quite the opposite of what is seen on the surface. The revisions and alterations which may be required to accord with the new discoveries and the requirements of the time and place can only be implemented by utilizing a dynamic practice of the Islamic jurisprudence. We must be able to offer logical and rational explanations and justifications for our Islamic laws and thus exonerate our religion Islam from the accusation of fostering discriminatory and unjust ordinances.

Since I have been teaching Civil Law and Family Law as well as the Islamic Jural Law at the Law School, and because of my frequent participation in international gatherings as well as in some of the sessions of the United Nations related to human rights, and since I am somewhat familiar with Islamic jurisprudence, I have taken it upon myself to study, examine and analyze some of the issues concerning women. These are the issues which are dealt with differently in Iranian laws and the laws of Islamic jurisprudence from the way they are dealt with in international documents on human rights - issues that have always made us object of criticism and fault finding. I have already written a number of articles on these issues. The results I have reached in some of these essays have been rather different from what we find in our statutes and the commonly accepted postulates of Islamic jurisprudence. In many cases, I have taken the issue apart and have examined its various aspects and have suggested certain alternatives without offering a definite conclusion in the hope that, considering the crucial importance of the issue, qualified authorities would pursue the study and provide the needed enlightening guidelines. These articles have all been published in law magazines inside the country in Farsi, and occasionally in English, at avrious times. I am now placing all these articles, consisting of ten different essays on ten different issues, at the disposal of interested people, in book form. In these essays and discussions, the existing differences in the way men and women are treated by the Iranian statutes and the roots of these differences in the Islamic jurisprucence are discussed, some mention has been made of the

rights and the discharge of certain duties. Verse 228 of the Chapter entitled Baqura is an example of this. In this Verse while declaring women to enjoy certain rights and responsibilities, the impression is also created that men are ranked higher in comaprison with women : لهن مثل الذی علیهن بالمعروف و للرجال علیهن درجه or Verse 34 of the Chapter called Nesa in which there is talk of men being the guardians of women because they have the task of paying alimony and because they enjoy certain superior qualities: الرجال قوامون علی النساء، بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم Naturally in this introductory note there is no room for embarking on a discussion arund this issue and presenting an analysis. To make the very long story short, however, one can say very consicely that Islam and the Holy Koran have had a very constructive role in revitalising the role of women in the society and in reviving the women's integrity and honor as well as providing them with social rights and rescuing them from oppression. We should, therefore, keep this basic idea in mind while examining and analyzing the Islamic laws concerning the rights and responsibilities and social status of women.

Among the current statutes of The Islamic Republic of Iran, there are certain rules and regulations that recognize certain differences between men and women; and at least some of these laws seem discriminatory. Examining these rules and regulations is important for a number of reasons. The first reason is that if these rules and regulations are really discriminatory and their implementation does injustice to our women, it will be our canonical, legal, and humanitarian duty, as well as an absolute necessity for the economic development of the country and an imperative for our international obligations that we embark upon revising and correcting such laws. Another important reason is observing the international obligations of the government of The Islamic Republic of Iran, the disregard of which will level far and wide criticism at our country on the world scale and especially in the human rights circles - criticism which may occasionally lead to certain decisions against our state system, such as issuing resolutions against the government of Iran. Our government cannot be indifferent to such things. On the other hand, since most of such rules and regulations are based on canonical laws and lean on the Islamic jurisprudence, when they are referred to as Islamic laws, the whole of

Although it has not endorsed the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women, The Islamic Republic of Iran, having unconditionally ratified the Covenant on the Civil and Political Rights, and the Charter of the United Nations before that, and casting an affirmative vote for the Universal Declaration of Human Rights, all of which emphasize the eradication of all discrimination against women and the abrogation or revision of all discriminatory laws, has an international obligation to fulfil in this regard. It is quite natural that not only the international community and its human rights institutions, but also the Women's Society of Iran, and especially the educated Women of our country expect the government to abide by its obligations and try to correct any discriminatory laws or regulations and to remove any possible obstacles in the way of granting women equal rights if such rules or obstacles exist.

On the other hand, according to our Constitution, the Iranian State is duty - bound to take into consideration the Islamic criteria and jural principles while enacting new statutes; and, therefore, in framing rules and regulations in relation to women too the government cannot transgress the framework of the Islamic laws. It has to use these laws as its guidelines.

From the stand point of Islam and according to the principal authoritative Islamic texts such as the Holy Koran and the authentic tradition received from the holy Prophet himself, a woman is mainly considered as a complete human being who has been created from the same source as man and is complementary to man. With regard to human integrity and the ability to reach very high spiritual stages and supreme human virtues, in relation to assuming high social responsibilities, and with respect to the capability to administer the affairs of the society and demonstrate wisdom and prudence a woman is spoken of in the exact same context as man. As some examples of this, one can refer to Verses 1 and 2 of the Chapter entitled Nesa, Verse 35 of the Chapter called Ahzab, Verses 19 to 23 of the Chapter entitled Eraf, Verses 20 to 44 of the Chapter called Naml, Verse 1 of the Chapter called Noor, Verse 38 of the Chapter entitled Maeda, and so on and so forth.

There are some stipulations in some Koranic verses of course that give the impression of the superiority of man over woman in enjoying certain

crimination against women and young girls.*

Certain studies show that in many countries, the above - mentioned recommendations have not materialized and that women have not in any way reached the level of men with respect to the availability of financial resources and job opportunities, enjoyment of social and familial rights, and their participation in the decision-making regarding the administration of their countries' affairs. It is also evident that with regard to the idea of establishing such a high degree of equality between women and men, there are certain differences of opinion between various schools of thought, religions, and cultures; and that certain people, basing on the natural differences existing between the two genders, consider the establishment of such a high degree of equality neither practical nor appropriate, and not even beneficial to the women themselves. Most countries which have joined the "Convention for the Elemination of Discrimination against Women" have, in accordance with their own points of view and perhaps the resources available to them made certain reservations with regard to some of its Articles and regulations, and have, thus, exempted themselves from carrying them out.** Some even considered certain regulations which treat men and women differently, and which seem to be discriminatory, as quite proper and not embracing evil discrimination; some even consider such regulations to the interests of both women and men as well as their families, and even believe that such regulations are meant to support women. In any case, the notion that has been confirmed by international documents and, we may even say, by the moral criteria of the international community, is that the existence of varying rules and regulations for men and women, as well as any different treatment of the two sexes if they are based on gender discrimination and so cause women to be subjected to a set of different criteria, cannot in any way be accepted or defended, and that the outlook leading to such discrimination must be rectified.

---

* . Refer to "Human Rights in international instruments and the Position of The Islamic Republic of Iran. By: Dr Hossein Mehrpour, from page 292 on.

** . For more information refer to Human Rights in international instruments. Ibid from page 262 on, about various countries' reservations.

The aim of the endeavours of the advocates of establishing equal rights between women and men is creating and making prominent in the whole of human society the notion that women, just as men, are provided with the potentialities, the capabilities and the intellectual powers of a human being, and that the tenderness of their nature, the delicacy of their bodies and their task of bearing and delivering babies - a burden that nature has placed upon their shoulders - do not in any way depreciate their human worth and their social consciousness; and that, therefore, while taking into account certain considerations which are merely related to The natural differences between men and women, our thoughts and our conduct should not in any way create the impression that women are inferior in their human qualities and men are superior. Much to the contrary, one should look upon women as complete human beings who while enjoying all the potentialities and powers of a human being, are not immune from the usual faults and weaknesses that a human being has and the usual mistakes that he makes. As with men, women too can develop and go through the various stages of intellectual development and thus attenuate their faults and reduce the number of their mistakes if the needed educational and training facilities are available to them. In the words of the Human Rights High Commissioner: "We will know that there is equality when women are as free to make mistakes as men, to be as wrong as men, and for it not to be blamed on their gender".*

In the Declaration of the World Conference of Peking, as well as in the Plan of Action elaborated by the conferece five years ego, and which the Special Session of the General Assembly of the United Nations Organization is presently considering in order to assess the effectiveness of its method of implementation and the degree of its success, much emphasis has been placed upon the obligation of the governments involved in establishing equality between women and men with regard to the availability of financial and legal resources, employment opportunities, and family responsibilitis and on the necessity of taking further steps to eliminate any and all kinds of remaining dis-

*. Quoted from the report of the chairperson of the Commission on the Status of Women, submitted to the previous Human Rights Commission.

guage, or religion can enjoy the basic rights and freedoms specified in the Declaration..."

Article 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights obligates all governments party to the Covenant to provide complete equality between women and men with regard to all the civil and political rights anticipated in the Covenant.

The Convention on the Elimination of Discrimination Against Women, which has taken it upon itself to eradicate gender discrimination, has bound the member governments to observe complete equality between men and women in all their civil, political, and social affairs as well as those regarding employment, education, family, etc. Some 165 countries have so far joined this Convention; and The United Nations Organization is endeavouring to get all the rest of the countries of the world to join this Convention during the current year, that is, the Christian year 2000. Up to now various regional and global conferences have also been held on this question and certain practical policies for the implementation of the content of the convention and the actual eradication of discrimination against women have been worked out. The Global Women's Conference held in Peking, China, in September 1995 entitled "Action for Equality, Development and Peace", and the World Conference which held during the current year, simultaneously with the special session of the General Assembly of the United Nations Organization (June 2000), and which entitled "Gender Equality, Development and Peace for the Twenty-first Century" are some instances of such conferences.

As the chairperson of the Status of Women Commission stated in her report submitted to 56th meetting of Human Rights Commission: "These actions and strategies will be guided by a vision of society where gender inequality has been overcome and in which a new "gender culture" has been created which enables the full and equal participation of all women and men in all spheres of society and areas of life."[*]

---

*. Refer to the report of Ms Simonovie, the Chairperson of the Commission on the Status of Women, submitted to the gathering of 56 Human Rights Commission of the United Nations Organization, in Geneva, on April 7,2000.

they are sexualy taken advantage of, one can say that women are human beings and are to be subject to the general rules of the Universal Declaration of Human rights - rules that declare all humans to be possessors of inalienable rights and consider all people as equals with regard to the enjoyment of such rights?*

In any case, during the past century, and especially after the Second World War and the beginning of the second half of that century, great endeavours have been made to propagate the notion of equality between men and women, and to eradicate the discriminatory beliefs and inclinations which had infiltrated all the customs and traditions, social behaviour, and rules and regulations. As a result of these endeavours, numerous international documents have been developed and have been endorsed and adopted by various governments obligating them to elaborate the necessary statutes, regulations and rules of conduct to eliminate gender discrimination and the traditional supposition of the inferiority and the lower status of women. They were thus committed to consider any type of different treatment of the two sexes as legitimate only if such disparity was hinged on the natural differences between men and women or on the requirements of the duties and functions they were to perform - and definitely not on any conception or belief that one gender was superior and the other inferior. The most important international documents making such tasks mandatory are: the Charter of the United Nations Organization, The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights, The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

The Universal Decalaration of Human Rights has, in its Article 2, proclaimed that "All human beings are born free and are equal with regard to their rights and social status..." thus recognizing, in reality, the equality of women and men with regard to human rights and respect. It has also declared, in its Article 2, that "All humans without distinction as to race, gender, lan-

*. Catharine Macinnon: Rflections on the Universal Decaration of Human Rights, 1998, Netherland, Page 171

Introduction and Summary of the issues

One of the most important questions under close consideration of the world community today is that of safeguarding and maintaining the rights of women, observing the equality of the rights of women and men and eradicating every kind of gender discrimination. There is a widespread feeling, specially among women, that all through history women, who form an important part of the human society, have been under constant oppression, have been deprived of their human rights and human dignity, and have been unfairly discriminated against; and that all the existing social customs, traditions, beliefs and laws have acted as fertile grounds for propagating such discrimination. Even in the present era of modern times, despite all the achievements made by women and the great developments that have taken place in every field, women are still oppressed in many ways, and are object of all kinds of violations and discrimination; and their human status is not at all observed. This is so much so that one of the female writers who wrote an article on the occasion of the fiftieth anniversary of the adoption of the Universal Declaration of Human Rights satirically entitled her article "Are Women Human Beings?" to demonstrate her indignation and her injured feelings. In this article, she asked whether, despite all the existing discriminations, maltreatments, and violations carried out against women in the family and in the society - especially during wars and armed conflicts - and despite the fact that women are bought and sold like merchandise, and in spite of the fact that

CERTAIN ISSUES ON

WOMEN'S RIGHTS

FROM THE VIEWPOINT OF:

DOMESTIC LAW, ISLAMIC JURISPRUDENCE PRINCIPLES AND INTERNATIONAL CRITERIA

By:

Dr. Hossein Mehrpour



Ettela'at Publications

Other published works by the same author:

1. **The Examination of the Wife's Inheritance According to the Islamic and Iranian Law**. Ettela'at publishers, Tehran, First Edition: 1989, Third Edition: 1997.
2. **A Complete Collection of the Views pf the Guardian Council** (In Three Volumes) Keyhan Publishers, Tehran. 1992.
3. **Some New Viewpoints on Legal Questions**
   Ettela'at Publishers, Tehran: First Edition: 1993, Second Edition: 1995.
4. **Human Rights in International Instruments, and the position of The Islamic Republic of Iran.** Ettela'at Publishers, Tehran, 1995.
5. **Selected Texts of Fegh-h Matters.** The center for Studying and Compiling University Books in Humanities (SAMT) Publishers, Tehran: 1997.
6. **International Human Rights law**. Ettela'at Publishers, Tehran: 1998
7. **Human Rights and Its Implementation's Instruments**. Ettela'at Publishers, Tehran: 1999.

از همین نویسنده منتشر شده است:

۱ـ بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران

انتشارات اطلاعات، تهران، چاپ اول: ۱۳۶۸، چاپ سوم: ۱۳۷۶

۲ـ مجموعه نظریات شورای نگهبان (۳ جلد)

انتشارات کیهان، تهران: ۱۳۷۱

۳ـ دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی

انتشارات اطلاعات، تهران، چاپ اول: ۱۳۷۲، چاپ دوم: ۱۳۷۴

۴ـ حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران

انتشارات اطلاعات، تهران: ۱۳۷۴

۵ـ منتخبات من المباحث الفقهیة

سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، تهران: چاپ اول: ۱۳۷۶، چاپ دوم: ۱۳۸۰

۶ـ نظام بین‌المللی حقوق بشر

انتشارات اطلاعات، تهران، چاپ اول: ۱۳۷۷، چاپ دوم: ۱۳۸۳

۷ـ حقوق بشر و راهکارهای اجرای آن

انتشارات اطلاعات، تهران: ۱۳۷۸

۸ ـ رئیس جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی (۲ جلد)

انتشارات اطلاعات، تهران: جلد اول: ۱۳۸۰، جلد دوم: ۱۳۸۴

۹ـ وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی

نشر ثالث، تهران: ۱۳۸۴